سلسلة نصوص تراثية للباحثين

(١٥٢٦)

الهبة المشروطة

مسائل وأحكام

من مصنفات الفقه وأصوله

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٦هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

WWW.NSOOOS.COM

"القاعدة الثامنة والثلاثون:فيما إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه؟ وفيه خلاف ، يلتفت إلى أن المغلب هل هو اللفظ أو المعنى ، ويتخرج على ذلك مسائل:منها: لو أعاره شيئا وشرط عليه العوض فهل يصح أم لا؟ على وجهين:أحدهما: يصح ويكون"وعنه يضمن إن شرطه وإلا فلا. اختاره الشيخ تقي الدين(١).ولو سلم شريك شريكه دابة فتلفت بلا تعد ولا تفريط(٢) لم يضمن. وقياس المذهب إذا قال: أعرتك دابتي لتعلفها أن هذا يصح؛ لأن أكثر ما فيه أنه بمنزلة استئجار العبد بطعامه وكسوته، لكن دخول العوض فيه يلحقه بالإجابة إلا أن يكون ذلك يسيرا لا يبلغ أجرة المثل بلا تعد فيكون حكم العارية باقيا. وهذا في المنافع نظير الهبة المشروط فيها فيكون حكم العارية باقيا. وهذا في المنافع نظير الهبة المشروط فيها الثواب في الأعيان. قال أبو العباس في قديم خطه: نفقة العين المعارة هل تجب على المالك، أو على المستعير؟ لا أعرف فيها نقلا؛ إلا أن قياس المذهب على ما يظهر لي أنها تجب على المستعير؛ لأنهم قالوا: إنه يجب عليه مؤنة ردها وضمانها إذا تلفت وهذا دليل على أنه يجب عليه ردها إلى صاحبها كما أخذها منه سوى نقص المنافع المأذون له فيها. ثم إنه خطر لي أنها تخرج على الأوجه في نفقة الجارية الموصى بعتقها فقط.أحدها: أنه يجب على المالك؛ لكن فيه نظر. وثانيها: على المالك للنفع. وثالثها: نفقتها في كسبها.فإن قيل: هناك المنفعة مستحقة وليس ذلك هنا؛ فإن مالك الرقبة هو مالك المنفعة، غير أن المستعير ينتفع بها بطريق الإباحة وهذا يقوي وجوبها على المعير. والأصل الأول يقوي وجوبها على المستعير.ثم أقول: هذا لا تأثير له في مسألتنا؛ فإن المنفعة حاصلة في الأصل والفرع. ثم كونه يملك انتزاع المنفعة من يده غير مؤثر، بدليل ما لو كان واهب المنفعة أبا وكان المثيب ابنه وهذا في غير صورة الوصية(٣).ـــــــــــــ(١) إنصاف ٦/ ١٣ ف ٢/ ٢٣٩.(٢) في الإنصاف بأن ساقها فوق العادة ونحوه ج٦/١١٧ والفروع ج ٤/ ٢٣٩.(٣) اختيارات ص١٥٨، ١٥٩ ف ٢/ ٢٣٩.." [(١)]

"ولو قال أعتقتك وتزوجتك على ألف درهم صح هذا النكاح بطريق الأولى؛ لأنه لم يجعل العتق صداقا.ولو قال: وهبتك هذه الجارية وزوجتها من فلان أو هبتكها وأكريتها من فلان، أو بعتكها وزوجتها أو أكريتها من فلان فقياس المذهب صحته؛ لأنه في معنى استثناء المنفعة.وحاصله: أنا نجوز(١) العتق

---

(١) المستدرك على فتاوى ابن تيمية. جمع: ابن قاسم، ص/٥٩

والوقف والهبة والبيع مع استثناء منفعة الخدمة فقد جوزنا(٢) أن الإعتاق والإنكاح في زمن واحد وجعلنا ذلك بمنزلة الإنكاح قبل الإعتاق؛ لأنها حين الإعتاق لم تخرج من ملكه(٣).وإن قال: أعتق عبدك عني على أن أزوجك ابنتي أو أمتي ففعل عتق ولزمته قيمته؛ لأن الأموال لا يستحق العقد عليها بالشرط. قال القاضي أبو الخطاب: لأنه سلف في النكاح. وقال الشيخ تقي الدين: يتوجه صحة السلف في العقود كما يصح في غيره ويصير العقد مستحقا على المستسلف إن فعل وإلا قام الحاكم مقامه، ولأن هذا بمنزلة الهبة المشروط فيها الـثواب(٤).وكذلك العبد إذا تزوج بغير إذن مواليه ثم أذنوا له بعد العتق فهو على النزاع، ويسمى نكاح الفضولي(٥).الشهادةوعنه: ينعقد بحضور فاسقين، ورجل وامرأتين، ومراهقين عاقلين. قال في الفروع: وأسقط رواية الفسق أكثرهم. وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: هي ظاهر كلام الخرقي(٦).الكفاءةولا يصح لأحد أن ينكح موليته رافضيا ولا من يترك الصلاة.ومتى زوجوه على أنه سني يصلي فبان أنه رافضي أو لا يصلي أو كان قد تاب ثم عاد إلى الرفض وترك الصلاة فإنهم يفسخون نكاحه إذا قيل إنه صحيح(٧).ـــــــــــــــ(١) نسخة كما جوزنا.(٢) بياض في الاختيارات.(٣) الاختيارات ٢٠٧- ٢٠٩ ف ٢/ ٢١٣.(٤) إنصاف ٨/ ١٠٠ ف ٢/ ٢٨٣.(٥) مختصر الفتاوى ٤٢٥ ف ٢/ ٢٨٤.(٦) الإنصاف ٨ ص ١٠٢ ف ٢/ ٢٨٣.(٧) مختصر الفتاوى ٤٣٣. الموجودة هناك فيها نقص ف ٢/ ٢٨٤.." [(١)]

"ونص الإمام أحمد في رواية جعفر النسائي: أنه إذا أصدقها عبدا غير معين من عبيده أنه يصح، ولها الوسط على قدر ما يخدم مثلها(١). ونقلها دليل على أنه لم يعتبر الخادم مطلقا وإنما اعتبر ما يناسبها.
قال أبو العباس في الخلع: ولو خالعها على عبد مطلق لو قيل

يجب ما يجزئ عتقه في الكفارة وما يجب في النذر المطلق لكان أقرب إلى القياس، إلا أنه لا يعتبر فيه الإيمان.

أطلق القاضي أنه إذا تزوجها على بيت أنه لا يصح، واستدل بمسألة مثنى في الحضرية ومفهومها أن البدوية ليست كذلك، وهذا أشبه؛ لأن بيوت البادية من جنس واحد كالخادم؛ بخلاف الحضر فإن بيوتهم تختلف جنسا وقدرا وصفة اختلافا متفاوتا(٢).

---

(١) المستدرك على فتاوى ابن تيمية. جمع: ابن قاسم، ص/١٢٣

ولو أراد أن يغير المهر مثل تبديل نقد بنقد أو تأجيل الحال أو إحلال المؤجل ونحو ذلك فموجب تعليل أصحابنا في الفرق بين النكاح والبيع والإجارة أن هذا لا يصح؛ لأن هذا ليس تبديل فرض بفرض وإنما هو تغيير لذلك الفرض(٣).

وإذا أعتق أمته على أن تزوجه نفسها ويكون عتقها صداقها؟ قال القاضي: هي بالخيار إن شاءت تزوجته وإن شاءت لم تتزوجه، وتابعه أبو محمد وأبو الخطاب وغيرهما؛ لأنه سلف في النكاح فلا يلزم الوفاء به. ويتوجه صحة السلف في العقود كلها كما يصح في العتق، ويصير العتق مستحقا على المسلف إن فعله وإلا قام الحاكم مقامه في توفية العقد المستحق، كما يقوم مقامه في توفية الأعيان والمنافع؛ لأن العقد منفعة من المنافع فجاز السلم فيه كالصناعات، وهذا بمنزلة الهبة المشروط فيها الثواب.

والمنصوص عن الإمام أحمد في اشتراط التزويج على الأمة إذا أعتقها لزم هذا الشرط قبلت أم لم تقبل، كاشتراط الخدمة. قال أحمد بن القاسم: سئل أحمد عن الرجل يعتق الجارية على أن يتزوجها يقول: أعتقتك وجعلت عتقك صداقك، أو يقول أعتقتك على أن

---

(١) عبارة الإنصاف: «وهذا تقييد للوسط مما يخدم مثلها».

(٢) اختيارات ٢٢٩، ٢٣٠ ف ٢/ ٢٩٤.

(٣) اختيارات ٢٣٢ ف ٢/ ٢٩٤.." [1]

"بالشرط وهى وكالة وتفويض، وتولية، ولا محذور فى تعليق الوكالة بالشرط البتة.والحيلة فى تصحيحها: أن ينجز الوكالة ويعلق الإذن فى التصرف بالشرط وهذا فى الحقيقة تعليق لها نفسها بالشرط، فإن مقصود الوكالة صحة التصرف ونفوذه، والتوكل وسيلة وطريق إلى ذلك، فإذا لم يمتنع تعليق المقصود بالشرط، فالوسيلة أولى بالجواز.المثال السادس والعشرون: يجوز تعليق الإبراء بالشرط. ويصح، وفعله الإمام أحمد وقال أصحابنا: لا يصح. قالوا: فإذا قال: إن مت فأنت فى حل مما لى عليك. فإن علق ذلك بموت نفسه صح، لأنه وصية. وإن علقه بموت من عليه الدين لم يصح. لأنه تعليق البراءة بالشرط ولا يصح كما لا يصح تعليق الهبة. فيقال: أولا، الحكم فى الأصل غير ثابت بالنص، ولا بالإجماع، فما الدليل على بطلان تعليق الهبة بالشرط؟ وقد صح عن النبى صلى الله تعالى عليه وآله وسلم أنه علق الهبة بالشرط فى حديث جابر

---

(١) المستدرك على فتاوى ابن تيمية. جمع: ابن قاسم، ص/١٥٣

لما قال:"لو قد جاء مال البحرين لأعطيتك هكذا، وهكذا، ثم هكذا" - ثلاث حثيات. وأنجز ذلك له الصديق رضى الله عنه لما جاء مال البحرين بعد وفاة رسول الله صلى الله تعالى عليه وآله وسلم.فإن قيل: كان ذلك وعدا؟.قلنا: نعم، والهبة المعلقة بالشرط وعد. وكذلك فعل النبى صلى الله تعالى عليه وآله وسلم لما بعث إلى النجاشى بهدية من مسك، وقال لأم سلمة: "إنى قد أهديت إلى النجاشى حلة." (١)

"وأواقى من مسك، ولا أرى النجاشى لا قد مات، ولا أرى هديتى إلا مردودة فإن ردت على فهى لك" وذكر الحديث، رواه أحمد. فالصحيح: صحة تعليق الهبة بالشرط، عملا بهذين الحديثين.وأيضا. فالوصية تمليك، وهى فى الحقيقة تعليق للتمليك بالموت، فإنه إذا قال: إن مت من مرضى هذا فقد أوصيت لفلان بكذا، فهذا تمليك معلق بالموت. وكذلك الصحيح: صحة تعليق الوقف بالشرط. نص عليه فى رواية الميمونى فى تعليقه بالموت. وسائر التعليق فى معناه، ولا فرق البتة. ولهذا طرده أبو الخطاب. وقال: لا يصح تعليقه بالموت. والصواب طرد النص، وأنه يصح تعليقه بالموت وغيره. وهو أحد الوجهين فى مذهب أحمد. وهو مذهب مالك. ولا يعرف عن أحمد نص على عدم صحته. وإنما عدم الصحة قول القاضى وأصحابه.وفى المسألة وجه ثالث: أنه يصح تعليقه بشرط الموت دون غيره من الشروط، وهذا اختيار الشيخ موفق الدين. وفرق بأن تعليقه بالموت وصية، والوصية أوسع من التصرف فى الحياة، بدليل الوصية بالمجهول والمعدوم، والحمل والصحيح: الصحة مطلقا. ولو كان تعليقه بالموت وصية لامتنع على الوارث، ولا خلاف أنه يصح تعليقه بالشرط بالنسبة إلى البطون، بطنا بعد بطن، وأن كونه وقفا على البطن الثانى مشروط بانقضاء البطن الأول. وقد قال تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١] .وقال النبى صلى الله تعالى عليه وآله وسلم: "المسلمون عند شروطهم".والقياس الصحيح: يقتضى صحة تعليقه، فإنه أشبه بالعتق منه بالتمليك، ولهذا لا يشترط فيه القبول إذا كان على جهة، اتفاقا، وكذلك إذا كان على آدمى معين، فى أقوى الوجهين،." (٢)

"وما ذاك إلا لشبهه بالعتق.والمقصود: أن تعليق الإبراء بالشرط أولى من ذلك كله، فمنعه مخالف لموجب الدليل والمذهب.ويقال ثانيا: لا يلزم من بطلان تعليق الهبة بطلان تعليق الإبراء، بل القياس الصحيح يقتضى صحة تعليقه، لأنه إسقاط محض، ولهذا لا يفتقر إلى قبول المبرئ، ولا رضاه، فهو بالعتق والطلاق

---

(١) إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان ابن القيم ١٦/٢

(٢) إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان ابن القيم ١٧/٢

أشبه منه بالتمليك.وعلى هذا، فيستغنى بالصحة فى ذلك كله عن الحيلة. فإن احتاج إلى التعليق، وخاف أن ينقض عليه،فالحيلة: أن يقول: لا شئ لى عليه بعد هذا الشهر أو العام، أو لا شئ لى عليه عند قدوم زيد، أو كل دعوى أدعيها عليه بعد شهر كذا، أو عام كذا، أو عند قدوم زيد بسبب كذا، أو من دين كذا، فهى دعوى باطلة، أو يقول: كل دعوى أدعيها فى تركته بعد موته: من دين كذا أو ثمن كذا، فهى دعوى باطلة. وعلى ما قررناه لا يحتاج إلى شئ من ذلك.المثال السابع والعشرون: إذا أعسر الزوج بنفقة المرأة، ملكت الفسخ، فإن تحملها عنه غيره لم يسقط ملكها للفسخ، لأن عليها فى ذلك منة، كما أراد قضاء دين عن الغير، فامتنع ربه من قبوله، لم يجبر على ذلك.وطريق الحيلة فى إبطال حقها من الفسخ: أن يحيلها بما وجب لها عليه من النفقة على ذلك الغير، فتصح الحوالة، وتلزم على أصلنا، إذا كان المحال عليه غنيا. وطريق صحة الحوالة: أن يقر ذلك الغير للزوج بقدر معين لنفقتها سنة أو شهرا، أو نحو ذلك، ثم يحيلها الزوج عليه، فإن لم يمكنه الإجبار على القبول، لعدم من يرى ذلك، وكل الزوج الملتزم لنفقتها فى الإنفاق عليها، والزوج مخير بين أن ينفق عليها بنفسه، أو بوكيله. وهكذا العمل فى مسألة أداء الدين عن الغريم سواء.." (١)

"وإذا قدر أنه مات فالإجارة تبقى إلى أن تتم المدة، ثم يسكنه الفقراء؛ لأنه موصى به لهم.

فإذا قال قائل: كيف جاز الرجوع في الوصية؟

قلنا: لأنها لا تنفذ إلا بعد الموت، ومن هنا نعلم صحة الهبة المشروطة بشرط، خلافا للمذهب، مثل أن يقول لشخص: إن تزوجت فقد وهبت لك هذا البيت تسكنه أنت وزوجتك، فهذا يجوز؛ لأن المسلمين على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا، والصحيح أن جميع العقود يجوز فيها التعليق إلا إذا كان هذا التعليق يحق باطلا أو يبطل حقا.

وإن قال: إن قدم زيد فله ما أوصيت به لعمرو، فقدم في حياته فله وبعدها لعمرو.

قوله: «وإن قال»، أي: الموصي.

قوله: «إن قدم زيد فله ما أوصيت به لعمرو فقدم»، يعني زيدا.

قوله: «في حياته فله»، أي: حياة الموصي، فهنا يكون الموصى به لزيد؛ لأنه قدم قبل أن يملك عمرو

---

(١) إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان ابن القيم ٢/١٨

الوصية.

قوله: «وبعدها لعمرو»، أي: بعد حياته، فإن قدم زيد بعد حياة الموصي فإنـا تكون لعمرو؛ لأنه لما توفي الرجل تعلق حق الموصى له بهذه العين، ولا يمكن أن نبطل حقه من أجل قدوم زيد، وسواء قدم زيد قبل قبول عمرو الوصية أو بعد القبول، فإن كان قدم بعد قبول عمرو فالأمر واضح؛ لأن عمرا ملكها، وإن كان قدم قبل قبوله فلأن حق عمرو تعلق بها.

وهذا مبني على ما سبق من جواز الرجوع في الوصية، لأنه." [1]

كناية عن القرض فيملكه بالقبض إذا كان مكيلا أو موزونا ذكره أبو الخطاب في انتصاره ، وكذلك ذكر القاضي في خلافه وأبو الخطاب في موضع من رءوس المسائل أنه يصح عندنا شرط العوض في العارية كما يصح شرط العوض في الهبة ؛ لأن العارية هبة منفعة ، ولا تفسد بذلك ، مع أن القاضي قرر أن **الهبة المشروط** فيها العوض ليست بيعا ، وإنما الهبة تارة تكون تبرعا وتارة تكون بعوض ، وكذلك العتق ، ولا يخرجان من موضعها ، فكذلك العارية ، وهذا مأخذ آخر للصحة.." [2]

"القاعدة الثالثة والثمانون:إذا انتقل الملك عن النخلة بعقد أو فسخ يتبع فيه الزيادة المتصلة دون المنفصلة أو بانتقال استحقاق فإن كان فيه طلع مؤبر لم يتبعه في الانتقال وإن كان غير مؤبر تبعه كذا قال القاضي في كتاب التفليس من المجرد وقال: سواء كان الانتقال بعوض اختياري كالبيع والصلح والنكاح والخلع أو بعوض قهري كالأخذ بالشفعة ورجوع البائع في عين ماله بالفلس وبيع الرهن بعد أن أطلع بغير اختيار الراهن والرجوع في **الهبة بشرط** الثواب أو كان الانتقال بغير عوض سواء كان الانتقال اختياريا كالهبة والصدقة أو غير اختياري كالرجوع في الهبة للأب ، وهو ظاهر كلامه في بيع الأصول والثمار أيضا لأنه جعل الكل كالبيع سواء وصرح بذلك صاحب الكافي في العقود والفسوخ وأما ابن عقيل فإنه أطلق في الفسخ بالإفلاس والرجوع في الهبة أن الطلع يتبع الأصل ولم يفصل وعلل بأن الفسخ." [3]

"ونص أحمد في رواية صالح فيمن عنده وديعة فأداها فأهديت إليه هدية أنه لا يقبلها إلا بنية المكافأة، وحكم الهدية عند أداء سائر الأمانات حكم الوديعة.ومنها: ما نص عليه أحمد في رواية ابن

---

(١) الشرح الممتع على زاد المستقنع ابن عثيمين ١٥٢/١١

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/٤٩

(٣) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/١٨٤

ماهان فيمن اشترى لحما ثم استزاد البائع فزاده ثم رد اللحم بعيب فالزيادة لصاحب اللحم؛ لانها أخذت بسبب اللحم فجعلها تابعة للعقد في الرد؛ لانها مأخوذة بسببه، وإن كانت غير لاحقة به. وتأولها القاضي على أنها إن كانت مأخوذة في المجلس فلحقت بالعقد، وخرج ابن عقيل منها رواية بلحوق الزيادة بعد لزوم العقد والحاجة إلى ذلك.ومنها: ماحكاه الأثرم عن أحمد في المولى يتزوج العربية يفرق بينهما، فإن كان دفع إليها بعض المهر ولم يدخل بها يردوه، وإن كان أهدى هدية يردونها عليه. قال القاضي في الجامع: لان في هذه الحالة تدل على أنه وهب له بشرط بقاء العقد فإذا زال ملك الرجوع بها **كالهبة** **بشرط** الثواب انتهى. وهذا في الفرقة القهرية لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر، وكذلك الفرقة الاختيارية المقسطة للمهر فأما النسخ المقرر للمهر أو نصفه فتثبت معه الهدية.فأما إن كانت العطية لغير المتعاقدين لسبب العقد كأجرة الدلال ونحوها ففي النظريات لابن عقيل: أن فسخ البيع بإقالة ونحوها لم يقف على التراضي فلا يرد الأجرة وإن فسخ بخيار أو عيب ردت؛ لان البيع وقع مترددا بين اللزوم وعدمه، وقياسه في النكاح أنه إن فسخ لفقد الكفاءة أو العيب ردت، وإن فسخ لردة أو رضاع أو مخالعة لم ترد.." (١)

"القاعدة الثامنة والثلاثون:فيما إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه؟ وفيه خلاف ، يلتفت إلى أن المغلب هل هو اللفظ أو المعنى ، ويتخرج على ذلك مسائل:منها: لو أعاره شيئا وشرط عليه العوض فهل يصح أم لا؟ على وجهين:أحدهما: يصح ويكون كناية عن القرض فيملكه بالقبض إذا كان مكيلا أو موزونا ذكره أبو الخطاب في انتصاره ، وكذلك ذكر القاضي في خلافه وأبو الخطاب في موضع من رءوس المسائل أنه يصح عندنا شرط العوض في العارية كما يصح شرط العوض في الهبة ؛ لأن العارية هبة منفعة ، ولا تفسد بذلك ، مع أن القاضي قرر أن **الهبة المشروط** فيها العوض ليست بيعا ، وإنما الهبة تارة تكون تبرعا وتارة تكون بعوض ، وكذلك العتق ، ولا يخرجان من موضعها ، فكذلك العارية ، وهذا مأخذ آخر للصحة.." (٢)

"القاعدة الثالثة والثمانون:إذا انتقل الملك عن النخلة بعقد أو فسخ يتبع فيه الزيادة المتصلة دون المنفصلة أو بانتقال استحقاق فإن كان فيه طلع مؤبر لم يتبعه في الانتقال وإن كان غير مؤبر تبعه كذا قال

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/٣٤٩

(٢) القواعد لابن رجب، ص/٤٩

القاضي في كتاب التفليس من المجرد وقال: سواء كان الانتقال بعوض اختياري كالبيع والصلح والنكاح والخلع أو بعوض قهري كالأخذ بالشفعة ورجوع البائع في عين ماله بالفلس وبيع الرهن بعد أن أطلع بغير اختيار الراهن والرجوع في **الهبة بشرط** الثواب أو كان الانتقال بغير عوض سواء كان الانتقال اختياريا كالهبة والصدقة أو غير اختياري كالرجوع في الهبة للأب ، وهو ظاهر كلامه في بيع الأصول والثمار أيضا لأنه جعل الكل كالبيع سواء وصرح بذلك صاحب الكافي في العقود والفسوخ وأما ابن عقيل فإنه أطلق في الفسخ بالإفلاس والرجوع في الهبة أن الطلع يتبع الأصل ولم يفصل وعلل بأن الفسخ." (١)

"ونص أحمد في رواية صالح فيمن عنده وديعة فأداها فأهديت إليه هدية أنه لا يقبلها إلا بنية المكافأة، وحكم الهدية عند أداء سائر الأمانات حكم الوديعة.ومنها: ما نص عليه أحمد في رواية ابن ماهان فيمن اشترى لحما ثم استزاد البائع فزاده ثم رد اللحم بعيب فالزيادة لصاحب اللحم؛ لانها أخذت بسبب اللحم فجعلها تابعة للعقد في الرد؛ لانها مأخوذة بسببه، وإن كانت غير لاحقة به. وتأولها القاضي على أنها إن كانت مأخوذة في المجلس فلحقت بالعقد، وخرج ابن عقيل منها رواية بلحوق الزيادة بعد لزوم العقد والحاجة إلى ذلك.ومنها: ماحكاه الأثرم عن أحمد في المولى يتزوج العربية يفرق بينهما، فإن كان دفع إليها بعض المهر ولم يدخل بها يردوه، وإن كان أهدى هدية يردونها عليه. قال القاضي في الجامع: لان في هذه الحالة تدل على أنه وهب له بشرط بقاء العقد فإذا زال ملك الرجوع بها **كالهبة بشرط** الثواب انتهى. وهذا في الفرقة القهرية لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر، وكذلك الفرقة الاختيارية المقسطة للمهر فأما النسخ المقرر للمهر أو نصفه فتثبت معه الهدية.فأما إن كانت العطية لغير المتعاقدين لسبب العقد كأجرة الدلال ونحوها ففي النظريات لابن عقيل: أن فسخ البيع بإقالة ونحوها لم يقف على التراضي فلا يرد الأجرة وإن فسخ بخيار أو عيب ردت؛ لان البيع وقع مترددا بين اللزوم وعدمه، وقياسه في النكاح أنه إن فسخ لفقد الكفاءة أو العيب ردت، وإن فسخ لردة أو رضاع أو مخالعة لم ترد.." (٢)

" وجهين وذكر هو في المجرد وابن عقيل في الفصول المضاربة إذا جعل المالك المغصوب مع الغاصب مضاربة صح ولم يبرأ من ضمانه إلى أن يدفعه ثمنا فيما يشتري به فيبرأ حينئذ من الضمان وعلى قول أبي الخطاب يبرأ في الحال ومنها رهن المبيع المضمون على البائع قبل قبضه على ثمنه أو غيره إذا

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/١٨٤

(٢) القواعد لابن رجب، ص/٣٤٩

قيل بصحته يزول به الضمان على قياس التي قبلها لأن يده صارت يد ارتهان ومنها لو قال الراهن للمرتهن إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وإلا فالرهن لك بالدين وقبل ذلك فهو أمانة عنده إلى ذلك الوقت ثم يصير مضمونا لأن قبضه صار بعقد فاسد ذكره القاضي وابن عقيل والمنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحسن بن هارون أنه لا يضمنه بحال ذكره القاضي في الخلاف لأن الشرط يفسد فيصير وجوده كعدمه ومنها لو كاتب المدبر أو دبر المكاتب صح نص عليه ثم إن مات السيد ولم يؤد العبد من الكتابة شيئا عتق بالتدبير من الثلث وهل يكون كسبه له كما لو عتق في حياة السيد وهو مكاتب أو للورثة كعتقه بالتدبير على وجهين وهكذا حكم الاستيلاد والكتابة ونقل ابن الحكم عن أحمد ما يدل على بطلان التدبير بالكتابة بناء على أن التدبير وصية فيبطل بالكتابة القاعدة الثامنة والثلاثون فيما إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه فيه خلاف يلتفت إلى أن المغلب هل هو اللفظ أو المعنى ويتخرج على ذلك مسائل منها لو أعاره شيئا وشرط عليه العوض فهل يصح أم لا على وجهين أحدهما يصح ويكون كناية عن القرض فيملكه بالقبض إذا كان مكيلا أو موزونا ذكره أبو الخطاب في انتصاره وكذلك ذكر القاضي في خلافه وأبو الخطاب في موضع من رؤوس المسائل أنه يصح عندنا شرط العوض في العارية كما يصح شرط العوض في الهبة لأن العارية هبة منفعة ولا تفسد بذلك مع أن القاضي قرر أن **الهبة المشروط** فيها العوض ليست بيعا وإنما الهبة تارة تكون تبرعا وتارة تكون بعوض وكذلك العتق ولا يخرجان من موضوعها فكذلك العارية وهذا مأخذ آخر للصحة

". (١)

" وأما الحمل فقال القاضي وابن عقيل في الصداق هو زيادة طيف قال القاضي ويجبر الزوج على قبولها إذا بذلتها المرأة وخالفه ابن عقيل في الآدميات لأن الحمل فيهن نقص من جهة وزيادة من جهة بخلاف البهائم فإنه فيها زيادة محضة وقال القاضي في التفليس ينبني على أن الحمل هل له حكم أم لا فإن قلنا له حكم فهو زيادة منفصلة وإلا فهو زيادة متصلة كالسمن وفي التلخيص الأظهر أنه يتبع في الرجوع كما يتبع في البيع والحب إذا صار زرعا والبيضة إذا صارت فرخا فأكثر الأصحاب على أنها داخلة في النماء المتصل كذلك قال القاضي وابن عقيل في الفلس والغصب وذكر صاحب المغني وجها آخر وصححه

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٥٤

أنه من باب تغير بما يزيل الاسم لأن الأول استحال وكذا ابن عقيل في موضع آخر وفي المجرد ولو حلف لا يأكل بيضة فصارت فروجا أو حبا فصار سنبلا أنه لا يحنث بأكله لزوال الاسم وهذا إنما يتوجه على قول ابن عقيل في مسألة تعارض الاسم والتعيين فأما على المشهور فينبغي أن يحنث وبه جزم القاضي في خلافه وكما أشار إليه ابن عقيل في الفصول كما لو حلف لا يأكل هذا التمر فصار دبسا وقد تفرق في مسألة البيضة ببقاء حلاوة التمر ولونه في الدبس بخلاف الفروج ولو اشترى بيضة فوجد فيها فروجا فالبيع باطل نص عليه في رواية ابن منصور وهو يشهد للقول بأن البيض والفروج عينان متغايران كما إذا تبايعا دابة يظنان بأنها حمار فإذا هي فرس والقصيل إذا صار سنبلا فهو زيادة متصلة وإذا اشتد الحب فليس بعده زيادة لا متصلة ولا منفصلة ذكره القاضي القاعدة الثالثة والثمانون إذا انتقل الملك عن النخلة بعقد أو فسخ يتبع فيه الزيادة المتصلة دون المنفصلة أو بانتقال استحقاق فإن كان فيه طلع مؤبر لم يتبعه في الانتقال وإن كان غير مؤبر تبعه كذا قال القاضي في كتاب التفليس من المجرد وقال سواء كان الانتقال بعوض اختياري كالبيع والصلح والنكاح والخلع أو بعوض ونوو كالأخذ بالشفعة ورجوع البائع في عين ماله بالفلس وبيع الرهن بعد أن أطلع بغير اختيار الراهن والرجوع في **الهبة بشرط** الثواب أو كان الانتقال بغير عوض سواء كان الانتقال اختياريا كالهبة والصدقة أو غير اختياري كالرجوع في الهبة للأب وهو ظاهر كلامه في بيع الأصول والثمار أيضا لأنه جعل

---

(١) ".

" لزوم العقد والحاجة إلى ذلك ومنها ماحكاه الأثرم عن أحمد في المولى يتزوج العربية يفرق بينهما فإن كان دفع إليها بعض المهر ولم يدخل بها يردوه وإن كان أهدى هدية يردونها عليه قال القاضي في الجامع لأن في هذه الحالة تدل على أنه وهب له بشرط بقاء العقد فإذا زال ملك الرجوع بها **كالهبة بشرط** الثواب انتهى وهذا في الفرقة القهرية لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر وكذلك الفرقة الاختيارية المقسطة للمهر فأما النسخ المقرر للمهر أو نصفه فتثبت معه الهدية فأما إن كانت العطية لغير المتعاقدين لسبب العقد كأجرة الدلال ونحوها ففي النظريات لابن عقيل أن فسخ البيع بإقالة ونحوها لم يقف على التراضي فلا يرد الأجرة وإن فسخ بخيار أو عيب ردت لأن البيع وقع مترددا بين اللزوم وعدمه وقياسه في النكاح أنه إن فسخ

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/١٩٦

لفقد الكفاءة أو العيب ردت وإن فسخ لردة أو رضاع أو مخالعة لم ترد فأما إن كانت العطية لغير المتعاقدين لسبب العقد كأجرة الدلال ونحوها ففي النظريات لابن عقيل أن فسخ البيع بإقالة ونحوها لم يقف على التراضي فلا يرد الأجرة وإن فسخ بخيار أو عيب ردت لأن البيع وقع مترددا بين اللزوم وعدمه وقياسه في النكاح أنه إن فسخ لفقد الكفاءة أو العيب ردت وإن فسخ لردة أو رضاع أو مخالعة لم ترد فأما إن كانت العطية لغير المتعاقدين لسبب العقد كأجرة الدلال ونحوها ففي النظريات لابن عقيل أن فسخ البيع بإقالة ونحوها لم يقف على التراضي فلا يرد الأجرة وإن فسخ بخيار أو عيب ردت لأن البيع وقع مترددا بين اللزوم وعدمه وقياسه في النكاح أنه إن فسخ لفقد الكفاءة أو العيب ردت وإن فسخ لردة أو رضاع أو مخالعة لم ترد القاعدة الحادية والخمسون بعد المائة دلالة الأحوال يختلف بها دلالة الأقوال في قبول دعوى ما يوافقها ورد ما يخالفها ويترتب عليها الأحكام بمجردها ويتخرج عليه مسائل منها كنايات الطلاق في حالة الغضب والخصومة لا يقبل دعوى إرادة غير الطلاق بها ومنها كنايات القذف وحكمها كذلك على الصحيح حتى إن ابن عقيل جعلها مع دلالة الحال صرائح ومنها لو تلفظ الأسير بكلمة الكفر ثم ادعى أنه كان كرها فالقول قوله لأن الأسر دليل الإكراه والتقية ومنها لو أتى الكافر بالشهادتين على طريق الاستهزاء والحكاية وقال ولم أرد الإسلام مع دلالة الحال على صدقه فهل يقبل منه على روايتين حكاهما القاضي في روايتيه ويتخرج عليهما لو أقر بمال في هذه الحال وأفتى جماعة بلزوم ما أقر به ومنها لو أقر المحبوس أو المضروب عدوانا ثم ادعى الإكراه قبل قوله نص عليه ولو أحضر إلى سلطان فأقر ثم ادعى أنه دهش ولم يعقل ما أقر به لم يقبل نص عليه أيضا ويتخرج قبوله إذا ظهرت منه أمارة ذلك من تلجلجه في كلام ورعدة ونحوها ومنها لو دخل حربي إلينا ومعه سلاح فادعى أنه جاء مستأمنا لم يقبل قوله وإن لم

." (١)

"الأشباه والنظائرويستثنى من القاعدة مسائلالبائع رضي بحظه وبنى الأمر عليه ؛ فصار القبض قبض وديعة ولم يجزما على الصحيح عند الإمام والرافعي وغيرهما فيما إذا سكت عن الثمن بل كان الصحيح أنه كان مضمونا.وقد بان لك بهذا فائدة التردد في أن الفساد هل هو مستمد من عدم الثمن أو من ذكر عدم الثمن لبناء الضمان عليه.ويمكن أن يقال : بعتك بلا ثمن لا انعقاد له في البياعات أصلا ؛ وإنما هو

(١) القواعد لابن رجب، ص/٣٧٠

متردد بين الهبة واللغو. ومن ثم لا يضمن على قابضه ، وإلى ذلك الإشارة بقول الإمام ؛ لأنه في حكم بيع فاسد ولم يقل أنه بيع فاسد.وأما بعتك إذا تجرد عن الثمن فينعقد بيعا فاسدا ومن ثم يكون مضمونا. وبهذا يظهر لك أن جانب الهبة في بعتك بلا ثمن أرجح منه في بعتك المجرد عن ذكر الثمن ؛ لأن قوله بلا ثمن قرينة أنه يجوز بلفظه بعتك عن ملكتك ، خلاف بعتك مجردا ؛ فإنه لا قرينة [تصحبه]١.نعم : قد يقال بعتك بلا ثمن حاصله **الهبة بشرط** الثواب ؛ فيتخرج فساده وإن كان هبة أيضا –على طريقة من يقول إن الهبة إذا بقي فيها الثواب تفسد بناء على أن مطلقها [يقتضيه]٢ وإن شرط انتفائه شرط ينافي مقتضى العقد ، لكن المذهب خلافه.وهنا بحث لم يبرح يختلج في ذهني ، وهو أن المقتضي للملك في وقولنا بعتك بدرهم صيغة الإيجاب مع ذكر الثمن فيكونان [جزء علة]٣.وهذا يرشد إليه عد الأصحاب الثمن ركنا أو صيغة الإيجاب وحدها –والثمن شرط– وهذا أقرب عندي.ويتخرج على هذا السكوت عن ذكر الثمن يكون على الأول مقتضيا للإبطال وأن الكلام لغو ، وعلى الثاني يكون فاقد شرط ؛ فيمكن أن يقال : إنه بيع فاسد ويفرق هنا بين الفاسد والباطل كما يفرق بين الخلع والكتابة ونحوهما.وقد يتخرج عليه أيضا –على الأول– أن بلا ثمن رافع ؛ لأن المقتضى بعتك– بمجردها– لا الثمن ؛ إذ الثمن شرط لا شطر ، فيجيء ما قاله الرافعي ، وإن قلنا : إنه ركن__________١ في "ب" لصحته.٢ في "ب" تقتضيه.٣ في "ب" جرى عليه.صفحة ١٧٩ | ٤٦٦." (١)

"الأشباه والنظائرويستثنى من القاعدة مسائلومنها : قدمنا أنه إذا وهب بشرط ثواب معلوم كان بيعا على الصحيح اعتبارا بالمعنى ، ثم وفي الشيخ الإمام بتمام التشبيه فصحح أنه يثبت فيه الخياران : المجلس والشرط ، وأنه يجوز للولي أن يهب مال الصبي بشرط معلوم ، وقال : إن ذلك هو الذي تقتضيه قواعد المذهب.وقال الرافعي والنووي : لا يثبت الخيار ؛ لأنه لا يسمى بيعا ، ولا يهب الولي مال الصبي بشرطه ؛ لأن الهبة لا يقصدها بها العوض.كذا ذكره في البيع والحجر. وفي كتاب الهبة فإن ثبت الخيار ؛ فليكن المعتمد ما ذكره في باب الهبة من ثبوت الخيار وفاء بتمام التشبيه ، واعتماد على ما ارتضاه الوالد رحمه الله ؛ فإن الراجح عنده ثبوت الخيارين ، وصحة هبة الولي مال الصبي بشرط الثواب.غير أن سؤالا ، وهو أنه في باب الشفعة فيما إذا وهب مطلقا ، وقلنا : المطلقة تقتضي الثواب.ذكر أن الرافعي صحح ثبوته الشفعة ، وأنه صحح أن له يأخذ قبل القبض أيضا ؛ لأنه صار بيعا ، وتبعه النووي.وهذا

---

(١) الأشباه والنظائر ـ السبكي، ١٩٧/١

منهما اعتبارا للمعنى ، عكس ما فعلاه ، في إثبات الخيار في **الهبة بشرط** الثواب ؛ فإنهما اعتبر اللفظ.ثم قال الوالد : في باب الشفعة في هاتين المسألتين "إن في تصحيح الرافعي نظرا ، وإن الأولى النظر إلى جانب اللفظ هنا عكس ما فعله في مسألة الخيار.وليس لك أن تقول : الشفعة على خلاف القواعد ؛ فاقتصرنا على مورد النص وهو فيما كان بيعا أو نحوه في اللفظ والمعنى لأنا نقول أيضا : إثبات الخيار على خلاف القواعد ، وقد أثبتناه في الهبة ذات الثواب اعتبارا بالمعنى ؛ فإما أن يعتبر المعنى في الوضعين أو يترك فيهما وأما التفرقة فلا تبين.وجواب هذا السؤال : أن الوالد إنما يعتبر المعنى. إذا اقترن بلفظ الهبة شرط الثواب فإن ذكره يشبه ذكر السبب ؛ فتعين كون لفظ الهبة باب مناب لفظ البيع ، ولا كذلك إذاصفحة ١٨٤ | ٤٦٦." [1]

" الزوج لا يقع الطلاق يتوهم أنها مسألتنا هذه وليست كذلك فإن المراد بهذه المسطورة أن ينوي الزوج الطلاق بكتابة الأجنبي على نحو ما ينويه بكتابة نفسه ولهذا اشبهوها بما لو قال لأجنبي قل لأمرأتي أنت بائن فقاله ونوى الزوج وفي مسألتنا إنما نوى الطلاق بقوله اكتب الطلاق لا بفعل الكتابة والله أعلم

٣٩٣ – مسألة رجل قال لزوجته إن وهبتني مهرك فأنا أطلقكك فقالت إن الله قد وهبك فقال لها أنت طالق ثلاثا فهل يقع الطلاق أم لا

أجاب رضي الله عنه يقع الطلاق الثلاث ويبرأ الزوج من المهر إن كانت أرادت باللفظ المذكور ذلك وإن لم ترده فلا يبرأ فإن انضم إلى عدم إرادتها إرادة الزوج إيقاع الطلاق في مقابلته فلا يقع حينئذ والله أعلم

وشرحه أما وقوع الطلاق فالظاهر أنه طلاق أتى به مجازا ليس بخلع لأنه ليس فيما جرى من اللفظ **تعليق الهبة** بالطلاق ولا لفظ المعاوضة والمقابلة بينهما وأيضا فلو أرادت التعليق أني قد وهبتك إن طلقتني فعلى ما في الوسيط لا يصح الخلع لأن تعليق الإبراء والهبة لا يصح وطلاق الزوج طبعا في حصول ذلك له من غير لفظ صحيح لا يوجب التزامها عوضا غير أنه قد أفتى في فتاويه بخلاف هذا وهو الصحيح فإن التعليق في هذا الباب معاوضة صحيحة وعلى هذا فيحتمل إن يكون هذا خلعا ثم يكون صحيحا على تقدير أن يكون مرادها قد وهبتك المهر إن طلقتني وقد أجابها فقال أنت طالق فتم الخلع وهذا على هذا

---

(١) الأشباه والنظائر ـ السبكي، ١/٢٠٢

التقدير هو الظاهر من حيث قرينة الحال وعلى هذين التقديرين فيبرأ الزوج من المهر بناء على أن هبة الصداق وإن كان دينا صحيحا وإن لم ترد الهبة أصلا أو أرادتها ولكن ." [1]

"[2] سابقة البيع إلا أن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء أخذه بطريق الاقتضاء كما لو قال بعتك عبدي هذا بألف فقال هو حر عتق وثبت اشتريت اقتضاء والحاصل أن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ قوله وينعقد بلفظ الهبة إلخ يعني نظرا للمعنى لأن **الهبة بشرط** العوض هبة لفظا بيع معنى وذلك كما إذا قال وهبت لك هذه الدار بألف وهذا العبد بثوبك هذا فرضي كان بيعا إجماعا قوله وبلفظ الإعطاء قال في المحيط وينعقد بلفظ بذلته بكذا قوله والاشتراك والإدخال أي ينعقد البيع بهما بأن قال أشركتك في كذا وأدخلتك في كذا قوله والرد كما لو أخذ ثوبا من رجل فقال البائع هو بعشرين وقال المشتري لا أزيدك على عشرة فأخذه وذهب به وضاع عنده قال أبو يوسف هو بعشرين كذا في الخانية انتهى وفيه تأمل قوله والإقالة أي تنعقد بلفظ الإقالة كما لو قال أقلتك بكذا فقال قبلت على قول أبي بكر الإسكاف وعلى قول أبي جعفر لا ينعقد وبه أخذ الفقيه أبو الليث وهو المختار كما في منية المفتي قوله وتنعقد الإجارة بلفظ الهبة والتمليك إلخ قالوا لا تنعقد بلفظ البيع ﷺ." [3]

"[4] الفقيه أبو الليث وذكر الناطفي إذا قال أنت وكيلي في كل شيء جائز صنعك روي عن محمد أنه وكيل في المعوضات والإجارات والهبات والإعتاق وعليه الفتوى ثم قال وفي البزازية أنت وكيلي في كل شيء جائز أمرك يملك الحفظ والبيع والشراء ويملك الهبة والصدقة حتى إذا أنفق على نفسه من ذلك المال جاز حتى يعلم خلافه من قصد الموكل وعن الإمام تخصيصه بالمعاوضات ولا يلي العتق والتبرع وعليه الفتوى وكذا لو قال طلقت امرأتك أو وقفت أرضك الأصح أنه لا يجوز وفي الذخيرة أنه توكيل بالمعاوضات لا بالإعتاق والهبات وبه يفتى انتهى وفي الخلاصة كما في البزازية والحاصل أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شيء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة على المفتى به وينبغي أن لا يملك الوكيل وكالة عامة الإبراء والحط عن المديون لأنهما من قبيل التبرع فدخل تحت قول البزازي لأنه لا يملك التبرع وهل له الإقراض **والهبة بشرط** العوض فإن القرض عارية ابتداء معاوضة انتهاء وينبغي أن لا يملكها الوكيل بالوكيل

---

(١) أدب المفتي والمستفتي، ٤٤٢/٢

(٢) ٢٦٨

(٣) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٢٦٨/٢

(٤) ٢٦

العام لأنه لا يملكها إلا من يملك التبرعات ولذا لا يجوز إقراض الوصي مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وإن كان معاوضة في الانتهاء وظاهر العموم أنه يملك قبض الدين واقتضاءه وإيفاءه والدعوى بحقوق الموكل وسماع الدعوى بحق على الموكل والأقارير على الموكل بالديون ولا يختص بمجلس القاضي لأن ذلك في الوكيل بالخصومة لا في العام قوله المأمور بالدفع إلى فلان إلى قوله كما في منظومة ابن وهبان أقول ليس في منظومة ابن وهبان هذا الاستثناء الذي ذكره المصنف ونص عبارته وفي الدفع قل قول الوكيل مقدم وكذا قول رب الدين والخصم يجبر قال شارحها العلامة ابن الشحنة مسألة البيت من البدائع دفع إلى آخر ألف درهم وقال اقض بها ديني لفلان فقال المأمور قضيت بها دينك له وقال صاحب الحق لم تقضني شيئا فالقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان وهذا معنى قوله ﷺ." (١)

"(٢) الرجعة وقد ذكر في جامع الفصولين عزل الوكيل من قسم ما لا يصح تعليقه ويبطل بفاسده لكن قال في رواية وفي البزازية وتعليق عزل الوكيل بالشرط يصح في رواية الصغرى ولا يصح في رواية السرخسي والدليل عليه أنهم قالوا إن الذي يبطل بالشرط الفاسد ما كان من باب التمليك والعزل ليس منه وهذا هو الحق فيجب إلحاقه بقسم ما لا يصح تعليقه بالشرط لكن يبطل بالشرط الفاسد وأرجو من كرم الفتاح الظفر بالنقل في المراجعة انتهى قوله والوقف في رواية كذا في جامع الفصولين وقد سئل الشيخ محمد بن عبد الله الغزي صاحب التنوير عن تعليق الوقف بالشرط فأجاب بأن الوقف لا يصح تعليقه على الرواية المشهورة المعول عليها أقول وإنما كان المعول عليها لمشي أصحاب المتون عليها إذ هو تصحيح التزامي قوله والهبة في العمادية **تعليق الهبة** بالملائم يصح كوهبتك على أن تعوضني كذا فإن كان مخالفا صحت الهبة وبطل الشرط انتهى ومنه يعلم ما في كلام المصنف من الخلل قوله والشركة أي لا تبطل بالشرط الفاسد أقول في منية المفتي الشركة تبطل ببعض الشروط الفاسدة ولا تبطل بالبعض حتى لو اشترط التفاضل في الوضيعة لا تبطل وتبطل باشتراط ربح عشره لأحدهما وإن كان كلاهما شرطا فاسدا انتهى ومنه يعلم ما في إطلاق المصنف من عدم البطلان بالشرط الفاسد قوله والغصب أي لا يبطل بالشرط الفاسد أقول ينظر صورة عدم بطلانه بالشرط الفاسد ﷺ." (٣)

---

(١) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٢٦/٣

(٢) ٤٤

(٣) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٤٤/٤

"[1] قوله الحيلة أن يهب الدار من المشتري إلخ يعني ويشهد عليه ثم المشتري يهب الثمن من البائع ويشهد عليه فإذا فعل ذلك لا تجب الشفعة لأن حق الشفعة تختص بالمبادلات والهبة إذا لم تكن بشرط العوض لا تصير مبادلة من رد الموهوب له الموهوب به بالعيب وغير ذلك وإذا لم تصر مبادلة تعينت هبة فلا يثبت فيها الشفعة غير أن هذه حيلة يملكها بعض الناس دون البعض لأنها تبرع ومن الناس من لا يملك التبرع كالأب والوصي والوكيل وأما إذا كانت **الهبة بشرط** العوض ففيه اختلاف الروايتين ففي ظاهر الرواية أنها بمعنى البيع ويثبت للشفيع فيها حق الشفعة وفي النوادر أنها ليست في معنى البيع وفي بعض المواضع ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وإذا كان في المسألة اختلاف أو خلاف لا تصح عليه لإبطال الشفعة كذا في التتارخانية قوله وكذا الصدقة يعني تكون حيلة لإسقاط حق الشفعة كالهبة وإنما تفارق الهبة الصدقة في حق الرجوع فيها دون الصدقة وأما فيما عدا ذلك فالهبة والصدقة سواء قوله أو يقر لمن أراد شراءها بها إلخ أي يقر البائع لمريد شراء الدار بها ثم يقر الذي يريد شراء الدار بالثمن للبائع فلا يثبت للشفيع حق الشفعة وهذا مروي عن محمد رحمه الله تعالى غير أن هذا الإقرار ليس بحق والإقرار إذا لم يكن بحق هل ينقل الملك أو لا فيه كلام عرف في كتبنا فهذا بناء على ذلك ﷺ." [2]

"(٢٧) قوله : وينعقد البيع بقوله خذ هذا بكذا إلخ .فإن قلت : كيف ينعقد بقوله خذ وقد اشترطوا فيما ينعقد به البيع الماضي ، ولفظ خذ موضوع للاستقبال .قلت هو – وإن كان موضوعا للاستقبال – إلا أنه كالماضي معنى من حيث إنه يستدعي سابقة البيع إلا أن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء أخذه بطريق الاقتضاء كما لو قال بعتك عبدي هذا بألف ، فقال هو حر ، عتق وثبت ، اشتريت اقتضاء والحاصل أن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ .(٢٨) قوله : وينعقد بلفظ الهبة إلخ .يعني نظرا للمعنى ؛ لأن **الهبة بشرط** العوض هبة لفظا بيع معنى وذلك كما إذا قال : وهبت لك هذه الدار بألف وهذا العبد بثوبك هذا فرضي كان بيعا إجماعا .(٢٩) قوله : وبلفظ الإعطاء .قال في المحيط وينعقد بلفظ بذلته بكذا .(٣٠) قوله : والاشتراك والإدخال .أي ينعقد البيع بهما بأن قال أشركتك في كذا وأدخلتك في كذا .(٣١) قوله : والرد ، كما لو أخذ ثوبا من رجل فقال البائع هو بعشرين وقال المشتري لا أزيدك على عشرة فأخذه وذهب به وضاع عنده قال أبو يوسف هو بعشرين كذا في الخانية (انتهى)

---

(١) ٢٧٥

(٢) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٢٧٥/٤

.وفيه تأمل .(٣٢) قوله : والإقالة .أي تنعقد بلفظ الإقالة كما لو قال أقلتك بكذا فقال قبلت على قول أبي بكر الإسكاف ، وعلى قول أبي جعفر لا ينعقد وبه أخذ الفقيه أبو الليث وهو المختار كما في منية المفتي .." [١]

"ولو وهب المشتري المبيع من البائع قبل قبضه فقبل كانت إقالة .وخرجت عن هذا الأصل مسائل : منها : لا تنعقد الهبة بالبيع بلا ثمن ، ولا العارية بالإجارة بلا أجرة ، ولا البيع بلفظ النكاح والتزويج .ولا يقع العتق بألفاظ .الطلاق وإن نوى .والطلاق والعتاق تراعى فيهما الألفاظ لا المعنى فقط .فلو قال لعبده : إن أديت إلي كذا في كيس أبيض فأنت حر ، فأداها في كيس أحمر لم يعتق .ولو وكله بطلاق زوجته منجزا فعلقه على كائن لم تطلق .وفي **الهبة بشرط** العوض نظروا إلى جانب اللفظ ابتداء فكانت هبة ابتداء ، وإلى جانب المعنى فكانت بيعا انتهاء ، فتثبت أحكامه من الخيارات ووجوب الشفعة .." [٢]

"وفي البزازية أنت وكيلي في كل شيء جائز أمرك ، يملك الحفظ والبيع والشراء ويملك الهبة والصدقة حتى إذا أنفق على نفسه من ذلك المال جاز حتى يعلم خلافه من قصد الموكل .وعن الإمام تخصيصه بالمعاوضات ولا يلي العتق والتبرع وعليه الفتوى وكذا لو قال طلقت امرأتك أو وقفت أرضك الأصح أنه لا يجوز وفي الذخيرة أنه توكيل بالمعاوضات لا بالإعتاق والهبات وبه يفتى (انتهى) .وفي الخلاصة كما في البزازية والحاصل أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شيء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة على المفتى به وينبغي أن لا يملك الوكيل وكالة عامة الإبراء والحط عن المديون لأنهما من قبيل التبرع فدخل تحت قول البزازي لأنه لا يملك التبرع .وهل له الإقراض **والهبة بشرط** العوض فإن القرض عارية ابتداء معاوضة انتهاء .وينبغي أن لا يملكها الوكيل بالوكيل العام لأنه لا يملكها إلا من يملك التبرعات ولذا لا يجوز إقراض الوصي مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وإن كان معاوضة في الانتهاء وظاهر العموم أنه يملك قبض الدين واقتضاءه وإيفاءه والدعوى بحقوق الموكل وسماع الدعوى بحق على الموكل والأقارير على الموكل بالديون ولا يختص بمجلس القاضي لأن ذلك في الوكيل بالخصومة لا في العام." [٣]

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٨٩/٤

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٩٢/٤

(٣) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٢٣/٥

"قوله : وعزل الوكيل .قال المصنف في البحر بعد كلام : إن عزل الوكيل ليس من هذا القبيل وهو ما لا يبطل بالشرط الفاسد وإنما هو من قبيل ما لا يصح تعليقه بالشرط ولكن لا يبطل بالشرط الفاسد ولهذا اقتصر في البزازية من كتاب الوكالة على أنه لا يصح تعليقه ولم يذكر أنه يبطل بالشرط الفاسد فهو كما قدمناه في الرجعة وقد ذكر في جامع الفصولين عزل الوكيل من قسم ما لا يصح تعليقه ويبطل بفاسده لكن قال في رواية وفي البزازية : وتعليق عزل الوكيل بالشرط يصح في رواية الصغرى ولا يصح في رواية السرخسي والدليل عليه أنهم قالوا : إن الذي يبطل بالشرط الفاسد ما كان من باب التمليك والعزل ليس منه وهذا هو الحق فيجب إلحاقه بقسم ما لا يصح تعليقه بالشرط لكن يبطل بالشرط الفاسد وأرجو من كرم الفتاح الظفر بالنقل في المراجعة (انتهى) .(٧) قوله : والوقف في رواية .كذا في جامع الفصولين وقد سئل الشيخ محمد بن عبد الله الغزي صاحب التنوير عن تعليق الوقف بالشرط فأجاب بأن الوقف لا يصح تعليقه على الرواية المشهورة المعول عليها .أقول وإنما كان المعول عليها لمشي أصحاب المتون عليها إذ هو تصحيح التزامي .(٨) قوله : والهبة .في العمادية : **تعليق الهبة** بالملائم يصح كوهبتك على أن تعوضني كذا فإن كان مخالفا صحت الهبة وبطل الشرط (انتهى) .ومنه يعلم ما في كلام المصنف من الخلل .(٩) قوله : والشركة .أي لا تبطل بالشرط الفاسد أقول في منية المفتي الشركة." (١)

"قوله : الحيلة أن يهب الدار من المشتري إلخ .يعني ويشهد عليه ، ثم المشتري يهب الثمن من البائع ويشهد عليه فإذا فعل ذلك لا تجب الشفعة لأن حق الشفعة تختص بالمبادلات ؛ والهبة إذا لم تكن بشرط العوض لا تصير مبادلة من رد الموهوب له الموهوب به بالعيب وغير ذلك وإذا لم تصر مبادلة تعينت هبة فلا يثبت فيها الشفعة .غير أن هذه حيلة يملكها بعض الناس دون البعض لأنها تبرع ومن الناس من لا يملك التبرع كالأب والوصي والوكيل وأما إذا كانت **الهبة بشرط** العوض ففيه اختلاف الروايتين ففي ظاهر الرواية أنها بمعنى البيع ويثبت للشفيع فيها حق الشفعة .وفي النوادر أنها ليست في معنى البيع وفي بعض المواضع ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وإذا كان في المسألة اختلاف أو خلاف لا تصح عليه لإبطال الشفعة كذا في التتارخانية .(٢) قوله : وكذا الصدقة .يعني تكون حيلة لإسقاط حق الشفعة كالهبة وإنما تفارق الهبة الصدقة في حق الرجوع فيها دون الصدقة وأما فيما عدا ذلك فالهبة والصدقة سواء .(٣) قوله : أو يقر لمن أراد شراءها بها إلخ .أي يقر البائع لمريد شراء الدار بها ثم يقر الذي يريد شراء الدار

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٨٨/٧

بالثمن للبائع فلا يثبت للشفيع حق الشفعة .وهذا مروي عن محمد رحمه الله تعالى .غير أن هذا الإقرار ليس بحق والإقرار إذا لم يكن بحق هل ينقل الملك أو لا ؟ فيه كلام عرف في كتبنا فهذا بناء على ذلك .(٤) قوله : أو يتصدق عليه بجزء مما يلي دار الجار إلخ .يعني." (١)

"الأخذ والإعطاء (ر مادة ١٦٩ و ١٧٢ من المجلة) وكذا انعقاد شراءالثمار على الأشجار بلفظ الضمان في عرفنا الحاضر(ثانيا _ التطبيق)١ - إن جريان حكم الرهن في بيع الوفاء ليس في جميع الأحكام بل فيبعضها وبيان ذلك أنه اختلف في بيع الوفاء فقيل هو بيع صحيح وقيل بيعفاسد وقيل هو رهن والمفتى به هو القول الجامع وعليه جرت المجلة فيالمادة ١١٨ وهو أن بيع الوفاء له شبه بالبيع الصحيح وشبه بالفاسد وشبهبالرهن وله من كل شبه بعض أحكام المشبه بهولا مانع من أن يكون للعقد الواحد أكثر من حكم واحد باعتبار المقصودمنه **كالهبة بشرط** العوض كما سيأتيوكقرض القيمي فإنه قرض من وجه بحيث يملكه المستقرض بالقبضوعارية من وجه حيث إنه يجب رد عينه على المقرض كما سيأتي في الكلام علىهذه المادة نقلا عن رد المحتار أول فصل القرضوكالمضاربة فإن المال عند المضارب أمانة فإذا تصرف فهو وكيل فإذاربح فهو شريك فإذا فسدت فهو أجير إجارة فاسدة فإذا خالف فهو غاصب(ر جامع الفصولين الفصل الثلاثين صفحة ٦١)وكالاستصناع فإن له شبها بالبيع وشبها بالإجارة فإنه إذا وقع علما جرى فيه تعامل ولم يؤجل أو أجل دون أجل السلم على وجه الاستعجال كانله شبهان شبه بالبيع بخيار للمتبايعين حتى إن لكل منهما فسخه وشبهبالإجارة حتى إنه يبطل بموت الصانعوثبوت الخيار لهما قبل العمل لا خلاف فيه عندنا وأما بعد العمل فثبوتهلهما هو الصحيح في المذهب وروي عن أبي يوسف لزومه بلا خيار لأحدالمتعاقدين (ر البدائع كتاب الاستصناع والدر المختار وحاشيته رد المحتارأواخر باب السلم)---شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٥٦وعلى هذا فما جرت عليه المجلة في المادة ٣٩٢ من أن الاستصناع ينعقدلازما ليس مذهبا لأحد من أئمتنا وما ذكرته في المقالة الأولى من المقدمة من أنهاجرت فيها على قول أبي يوسف ليس بصحيح لما سمعت من أنه لا خلاف." (٢)

"وأما لو وقف المرتد عقاره ابتداء في حال ردته فإن كان امرأة صح وقفها لأنهالا تقتل بالردة وإن كان رجلا يتوقف وقفه فإن عاد مسلما صح وإن قتلأو مات بطل (ر الدر وحاشيته من أوائل كتاب الوقف)(

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٨/٥٠

(٢) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/٨

و) ومنها ما نصوا عليه في الوقف من الدرر وغيرها لو وقف علىولده وليس له ولد وله ولد ولد صرف إلى ولد ولده ولو كان له ولد وقتالوقف ثم مات يصرف إلى الفقراء لا إلى ولد الولدفقد اغتفر في هذا الفرع في الابتداء فصرف إلى ولد الولد عند عدم الولدما لم يغتفر في البقاء إذ لم يصرف إلى ولد الولد عند موت الولد---شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٢٩٦(القاعدة الخامسة والخمسون (المادة ٥٦) (البقاء أسهل من الابتداء)هذه القاعدة هي أصل المادة السابقةوجميع ما قيل في تلك وما تفرع عليها يمكن أن يجري في هذه فكانينبغي تقديمها عليها ليكون ذكر تلك بعدها في قوة التفريع عليها إلا أن يدعأنها أخرت عنها لتكون بمثابة التعليل لها وهو حسن---شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٢٩٧(القاعدة السادسة والخمسون (المادة ٥٧) (لا يتم التبرع إلا بالقبض)(الشرح مع التطبيق)لا يتم التبرع إلا بالقبض لقوله – صلى الله عليه وسلم – لا تجوز الهبة إلا مقبوضةولما روي عن السادات أبي بكر وعمر وابن عباس ومعاذ بن جبل رضي اللهعنهم أنهم قالوا لا تتم الصدقة إلا بالقبض ولأن عقد التبرع لو تم بدونقبض لثبت للمتبرع عليه مطالبة المتبرع بالتسليم فيصير عقد ضمانوهو تغيير للمشروعولا فرق في اشتراط القبض لتمام التبرع بين ما كان تبرعا ابتداء وانتهاءكالهدية والصدقة (والفرق بين الصدقة والهبة أن الهبة يشترط لها أن لا تكونشائعة قابلة للقسمة وفي الصدقة لا يشترط ذلك إذا كانت بين اثنين كمالو تصدق على اثنين مشاعا) والهبة بلا شرط عوض وبين ما كان تبرعا ابتداءمعاوضة انتهاء **كالهبة بشرط** العوض والقرض والرهن فإن القبض شرطلتمام جميعها." [1]

"فإذا لزم المنذور بالنذر صار تركه الذي كان مباحا حراما به وصار النذر تحريم المباح بواسطة حكمه وهو لزوم المنذور ، وتحريم المباح يمين عندنا ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم حرم مارية أو العسل على نفسه فسمى الله تعالى ذلك التحريم يمينا وأوجب فيه الكفارة حيث قال .

﴿ يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ﴾ .

إلى أن قال .

﴿ قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ﴾ .

أي شرع لكم تحليلها بالكفارة حتى روي عن مقاتل ﴿ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق رقبة في تحريم مارية ﴾ وهو مذهب أبي بكر وعمر وابن عباس وابن مسعود وزيد وطاوس والحسن والثوري وأهل

---

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/١٧٢

الكوفة فكان النذر بواسطة موجبه يمينا لا بصيغته بل هو بصيغته نذر لا غير ، ومثل هذا ليس بممتنع كشراء القريب سمي إعتاقا في الشرع ويستحيل أن يكون إثبات الملك إزالته لكنه بصيغته إثبات الملك والملك في القريب يوجب العتق بقوله عليه السلام .

﴿ من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ﴾ .

فكان الشراء إعتاقا بواسطة حكمه وهو ثبوت الملك لا بصيغته .

وكالهبة بشرط العوض هبة باعتبار الصيغة بيع باعتبار المعنى فكذا هذا .

(فإن قيل) لو كان النذر يمينا باعتبار موجبه ينبغي أن لا يحتاج في ثبوتها إلى نية كالعتق في شراء القريب وإليه ذهب سفيان الثوري حيث قال لو قال لله علي أن أصوم غدا فمرض في الغد فأفطر أو كان الحالف امرأة فحاضت كان عليهما القضاء والكفارة (قلنا) باستعمال هذه الصيغة في محل آخر خرجت اليمين من." (١)

"التكملة:منقولهم ضعيف السند، والتحية رد السلام، وبنوا كلامهم على دعويين: إحداهما: أن كل هبة تقتضي بحكم الحال عوضا، والأخرى: أن العوض لم يسلم له، وهما ممنوعان، فإن الهبة لو اقتضت عوضا لبطلت دون تفضيل العوض، كما لو ذكر عوضا مجهولا ثم لو كان كما زعموا كانت الهبة بيعا، والبيع تمليك ببدل وهذا تمليك بغير بدل، وتنعقد **الهبة بشرط** الثواب بيعا على رأي كما ينعقد البيع بغير ثمن هبة على رأي، وبالجملة لو كانت الهبة تبتني على العوض بقرينة الحال لكانت كلفظ البيع دون تعريف العوض مفسد، ومهما أكل المتهب من الموهوب فقد فات العوض فليطالب بقيمته، ثم العاقل لا يهب درهما طمعا." (٢)

"وأما مسألة النذر فليس بجمع بل هو نذر بصيغته ويمين بموجبه وهو الإيجاب؛ لأن إيجاب المباح يصلح يمينا بمنزلة تحريم المباح وصار ذلك كشري القريب تملك بصيغته وتحرير بموجبه فهذه مثله.ـــــــــــــــنية التعميم فيه كما لا يصح نية الثلاث في قوله أنت طالق كذا في الجامع البرهاني. قوله (فأما مسألة النذر فليس بجمع) يعني ليس ما ذكر في تلك المسألة من ثبوت حكم النذر واليمين بجمع الحقيقة والمجاز باعتبار الصيغة وهو أن يكون صيغته دالة على النذر بطريق الحقيقة وتكون دالة على اليمين أيضا

---

(١) كشف الأسرار، ٣/١٦

(٢) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ٣/١٧٧

بطريق المجاز بل هو نذر بصيغته لا غير ولكنه يمين باعتبار موجبه أي حكمه وهو أن موجب النذر لزوم المنذور لا محالة، ولا بد من أن يكون المنذور قبل النذر مباح الترك ليصح التزامه بالنذر؛ لأن النذر بما هو واجب في نفسه لا يصح على ما عرف فإذا لزم المنذور بالنذر صار تركه الذي كان مباحا حراما به وصار النذر تحريم المباح بواسطة حكمه وهو لزوم المنذور، وتحريم المباح يمين عندنا؛ لأنالنبي – صلى الله عليه وسلم – حرم مارية أو العسل على نفسه فسمى الله تعالى ذلك التحريم يمينا وأوجب فيه الكفارة حيث قال. ﴿يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك﴾ [التحريم: ١] . إلى أن قال. ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾ [التحريم: ٢] . أي شرع لكم تحليلها بالكفارة حتى روي عن مقاتل «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أعتق رقبة في تحريم مارية» وهو مذهب أبي بكر وعمر وابن عباس وابن مسعود وزيد وطاوس والحسن والثوري وأهل الكوفة فكان النذر بواسطة موجبه يمينا لا بصيغته بل هو بصيغته نذر لا غير، ومثل هذا ليس بممتنع كشراء القريب سمي إعتاقا في الشرع ويستحيل أن يكون إثبات الملك إزالته لكنه بصيغته إثبات الملك والملك في القريب يوجب العتق بقوله – عليه السلام –. «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه» . فكان الشراء إعتاقا بواسطة حكمه وهو ثبوت الملك لا بصيغته. **وكالهبة بشرط** العوض هبة باعتبار الصيغة بيع باعتبار المعنى فكذا هذا. (فإن قيل) لو كان النذر يمينا باعتبار موجبه ينبغي أن لا يحتاج في ثبوتها إلى نية كالعتق في شراء القريب وإليه ذهب سفيان الثوري حيث قال لو قال لله علي أن أصوم غدا فمرض في الغد فأفطر أو كان الحالف امرأة فحاضت كان عليهما القضاء والكفارة (قلنا) باستعمال هذه الصيغة في محل آخر خرجت اليمين من أن يكون مراده بها فصارت كالحقيقة المهجورة فلا يثبت من غير نية كذا قيل.والجواب الصحيح أن التحريم يثبت بموجب النذر ولا يتوقف على النية؛ لأن تحريم ترك المنذور به ثابت نواه أو لم ينوه إلا أن كونه يمينا يتوقف على القصد فإن النص جعله يمينا عند القصد ولم يرد الشرع بكونه يمينا عند عدم القصد وثبوته ضما فإذا نوى اليمين فحينئذ يصير التحريم الثابت به يمينا لوجود شرطه لكن بموجب النذر لا بطريق المجاز. وذكر شمس الأئمة في شرح كتاب الصوم أنه اجتمع في كلامه كلمتان. أحدهما يمين وهو قوله لله فإنه عند إرادة اليمين كقوله بالله قال ابن عباس دخل آدم الجنة فلله ما غربت الشمس حتى خرج وهذا؛ لأن الباء واللام يتعاقبان قال الله تعالى خبرا عن فرعون ﴿آمنتم له﴾ [الشعراء: ٤٩] وفي موضع آخر ﴿آمنتم به﴾ [الأعراف: ١٢٣] . الأخرى نذر وهي قوله علي إلا أن عند الإطلاق غلب معنى النذر باعتبار العادة فحمل عليه فإذا نواهما فقد نوى بكل لفظ ما هو من محتملاته

فتعمل نيته ولا يكون جمعا بين الحقيقة والمجاز في كلمة واحدة بل في كلمتين وذلك غير مستبعد. فعلى هذا يكون قوله علي أن أصوم إيجابا." (١)

"البائع رضي بحظه وبنى الأمر عليه؛ فصار القبض قبض وديعة ولم يجزما على الصحيح عند الإمام والرافعي وغيرهما فيما إذا سكت عن الثمن بل كان الصحيح أنه كان مضمونا.وقد بان لك بهذا فائدة التردد في أن الفساد هل هو مستمد من عدم الثمن أو من ذكر عدم الثمن لبناء الضمان عليه.ويمكن أن يقال: بعتك بلا ثمن لا انعقاد له في البياعات أصلا؛ وإنما هو متردد بين الهبة واللغو. ومن ثم لا يضمن على قابضه، وإلى ذلك الإشارة بقول الإمام؛ لأنه في حكم بيع فاسد ولم يقل أنه بيع فاسد.وأما بعتك إذا تجرد عن الثمن فينعقد بيعا فاسدا ومن ثم يكون مضمونا. وبهذا يظهر لك أن جانب الهبة في بعتك بلا ثمن أرجح منه في بعتك المجرد عن ذكر الثمن؛ لأن قوله بلا ثمن قرينة أنه يجوز بلفظه بعتك عن ملكتك، خلاف بعتك مجردا؛ فإنه لا قرينة [تصحبه] ١.نعم: قد يقال بعتك بلا ثمن حاصله **الهبة بشرط** الثواب؛ فيتخرج فساده وإن كان هبة أيضا –على طريقة من يقول إن الهبة إذا بقي فيها الثواب تفسد بناء على أن مطلقها [يقتضيه] ٢ وإن شرط انتفائه شرط ينافي مقتضى العقد، لكن المذهب خلافه.وهنا بحث لم يبرح يختلج في ذهني، وهو أن المقتضي للملك في وقولنا بعتك بدرهم صيغة الإيجاب مع ذكر الثمن فيكونان [جزء علة] ٣.وهذا يرشد إليه عد الأصحاب الثمن ركنا أو صيغة الإيجاب وحدها –والثمن شرط– وهذا أقرب عندي.ويتخرج على هذا السكوت عن ذكر الثمن يكون على الأول مقتضيا للإبطال وأن الكلام لغو، وعلى الثاني يكون فاقد شرط؛ فيمكن أن يقال: إنه بيع فاسد ويفرق هنا بين الفاسد والباطل كما يفرق بين الخلع والكتابة ونحوهما.وقد يتخرج عليه أيضا –على الأول– أن بلا ثمن رافع؛ لأن المقتضى بعتك– بمجردها– لا الثمن؛ إذ الثمن شرط لا شطر، فيجيء ما قاله الرافعي، وإن قلنا: إنه ركن_______________١ في "ب" لصحته.٢ في "ب" تقتضيه.٣ في "ب" جرى عليه.." (٢)

"ومنها: قدمنا أنه إذا وهب بشرط ثواب معلوم كان بيعا على الصحيح اعتبارا بالمعنى، ثم وفي الشيخ الإمام بتمام التشبيه فصحح أنه يثبت فيه الخياران: المجلس والشرط، وأنه يجوز للولي أن يهب مال الصبي بشرط معلوم، وقال: إن ذلك هو الذي تقتضيه قواعد المذهب.وقال الرافعي والنووي: لا يثبت الخيار؛ لأنه

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٥٨/٢

(٢) الأشباه والنظائر للسبكي السبكي، تاج الدين ١٧٩/١

لا يسمى بيعا، ولا يهب الولي مال الصبي بشرطه؛ لأن الهبة لا يقصدها بها العوض.كذا ذكره في البيع والحجر. وفي كتاب الهبة فإن ثبت الخيار؛ فليكن المعتمد ما ذكره في باب الهبة من ثبوت الخيار وفاء بتمام التشبيه، واعتماد على ما ارتضاه الوالد رحمه الله؛ فإن الراجح عنده ثبوت الخيارين، وصحة هبة الولي مال الصبي بشرط الثواب.غير أن سؤالا، وهو أنه في باب الشفعة فيما إذا وهب مطلقا، وقلنا: المطلقة تقتضي الثواب.ذكر أن الرافعي صحح ثبوته الشفعة، وأنه صحح أن له يأخذ قبل القبض أيضا؛ لأنه صار بيعا، وتبعه النووي.وهذا منهما اعتبارا للمعنى، عكس ما فعلاه، في إثبات الخيار في **الهبة بشرط** الثواب؛ فإنهما اعتبر اللفظ.ثم قال الوالد: في باب الشفعة في هاتين المسألتين "إن في تصحيح الرافعي نظرا، وإن الأولى النظر إلى جانب اللفظ هنا عكس ما فعله في مسألة الخيار.وليس لك أن تقول: الشفعة على خلاف القواعد؛ فاقتصرنا على مورد النص وهو فيما كان بيعا أو نحوه في اللفظ والمعنى لأنا نقول أيضا: إثبات الخيار على خلاف القواعد، وقد أثبتناه في الهبة ذات الثواب اعتبارا بالمعنى؛ فإما أن يعتبر المعنى في الوضعين أو يترك فيهما وأما التفرقة فلا تبين.وجواب هذا السؤال: أن الوالد إنما يعتبر المعنى. إذا اقترن بلفظ الهبة شرط الثواب فإن ذكره يشبه ذكر السبب؛ فتعين كون لفظ الهبة باب مناب لفظ البيع، ولا كذلك إذا." (١)

"ومنها: رهن المبيع المضمون على البائع قبل قبضه على ثمنه أو غيره إذا قيل بصحته يزول به الضمان على قياس التي قبلها لأن يده صارت يد ارتهان. .ومنها: لو قال الراهن للمرتهن: إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وإلا فالرهن لك بالدين وقبل ذلك فهو أمانة عنده إلى ذلك الوقت، ثم يصير مضمونا ؛ لأن قبضه صار بعقد فاسد ذكره القاضي وابن عقيل، باللآلي عن أحمد في رواية محمد بن الحسن بن هارون أنه لا يضمنه بحال ذكره القاضي في الخلاف ؛ لأن الشرط يفسد فيصير وجوده كعدمه.ومنها: لو كاتب المدبر أو دبر المكاتب صح نص عليه، ثم إن مات السيد ولم يؤد العبد من الكتابة شيئا عتق بالتدبير من الثلث، وهل يكون كسبه له كما لو عتق في حياة السيد وهو مكاتب أو للورثة كعتقه بالتدبير؟ على وجهين، وهكذا حكم الاستيلاد والكتابة، ونقل ابن الحكم عن أحمد ما يدل على بطلان التدبير بالكتابة بناء على أن التدبير وصية فيبطل بالكتابة.[القاعدة الثامنة والثلاثون إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها](القاعدة الثامنة والثلاثون) : فيما إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد

---

(١) الأشباه والنظائر للسبكي السبكي، تاج الدين ١/١٨٤

العقد بذلك أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه؟ وفيه خلاف، يلتفت إلى أن المغلب هل هو اللفظ أو المعنى، ويتخرج على ذلك مسائل: منها: لو أعاره شيئا وشرط عليه العوض فهل يصح أم لا؟ على وجهين:أحدهما: يصح ويكون كناية عن القرض فيملكه بالقبض إذا كان مكيلا أو موزونا ذكره أبو الخطاب في انتصاره، وكذلك ذكر القاضي في خلافه وأبو الخطاب في موضع من رءوس المسائل أنه يصح عندنا شرط العوض في العارية كما يصح شرط العوض في الهبة ؛ لأن العارية هبة منفعة، ولا تفسد بذلك، مع أن القاضي قرر أن **الهبة المشروط** فيها العوض ليست بيعا، وإنما الهبة تارة تكون تبرعا وتارة تكون بعوض، وكذلك العتق، ولا يخرجان من موضعها، فكذلك العارية، وهذا مأخذ آخر للصحة.والثاني: أنها تفسد بذلك وجعله أبو الخطاب في موضع آخر المذهب ؛ لأن العوض يخرجها عن موضعها، وفي التلخيص إذا أعاره عبده على أن يعيره الآخر فرسه فهي إجارة فاسدة غير مضمونة فهذا رجوع إلى أنها كناية في عقد آخر، والفساد إما أن يكون لاشتراط عقد في عقد آخر وإما لعدم تقدير المنفعتين، وعليه خرجه الحارثي وقال: وكذلك لو قال أعرتك عبدي لتمونه أو دابتي لتعلفها، وهذا يرجع إلى مؤنة العارية على المالك، وقد صرح الحلواني في التبصرة بأنها على المستعير.ومنها: لو قال خذ هذا المال مضاربة والربح كله لك أو لي فقال القاضي وابن عقيل: هي مضاربة فاسدة يستحق فيها أجرة المثل، وكذلك قال صاحب المغني لكنه قال إنه لا يستحق شيئا في." (١)

"في الفصول كما لو حلف لا يأكل هذا التمر فصار دبسا وقد تفرق في مسألة البيضة ببقاء حلاوة التمر ولونه في الدبس بخلاف الفروج.ولو اشترى بيضة فوجد فيها فروجا فالبيع باطل نص عليه في رواية ابن منصور، وهو يشهد للقول بأن البيض والفروج عينان متغايران كما إذا تبايعا دابة يظنان بأنها حمار فإذا هي فرس، والقصيل إذا صار سنبلا فهو زيادة متصلة وإذا اشتد الحب فليس بعده زيادة لا متصلة ولا منفصلة ذكره القاضي.[القاعدة الثالثة والثمانون إذا انتقل الملك عن النخلة بعقد أو فسخ](القاعدة الثالثة والثمانون) : إذا انتقل الملك عن النخلة بعقد أو فسخ يتبع فيه الزيادة المتصلة دون المنفصلة أو بانتقال استحقاق فإن كان فيه طلع مؤبر لم يتبعه في الانتقال وإن كان غير مؤبر تبعه كذا قال القاضي في كتاب التفليس من المجرد وقال سواء كان الانتقال بعوض اختياري كالبيع والصلح والنكاح والخلع أو بعوض ونو، كالأخذ بالشفعة ورجوع البائع في عين ماله بالفلس وبيع الرهن بعد أن أطلع بغير اختيار الراهن والرجوع في **الهبة**

---

(١) القواعد لابن رجب ابن رجب الحنبلي ص/٤٨

بشرط الثواب أو كان الانتقال بغير عوض سواء كان الانتقال اختياريا كالهبة والصدقة أو غير اختياري كالرجوع في الهبة للأب، وهو ظاهر كلامه في بيع الأصول والثمار أيضا لأنه جعل الكل كالبيع سواء وصرح بذلك صاحب الكافي في العقود والفسوخ وأما ابن عقيل فإنه أطلق في الفسخ بالإفلاس والرجوع في الهبة أن الطلع يتبع الأصل ولم يفصل وعلل بأن الفسخ رفع للعقد من أصله وصرح صاحب المغني في البيع بأن الفسخ يتبع الطلع فيه أصله سواء أبر أو لم يؤبر لأنه نماء متصل فأشبه السمن وصرح بدخول الإقالة والفسخ بالعيب في ذلك وهو موافق لكلام الأصحاب في الصداق وقد قدمنا أن صاحب المغني ذكر احتمالا في الفسخ بالفلس ونحوه أنه لا يتبع فيه الطلع سواء أبر أو لم يؤبر لتميزه وإمكان إفراده بالعقد فهو كالمنفصل بخلاف السمن ونحوه، وهذا عكس ما ذكره في البيع وهو مع ذلك موافق لإطلاق كثير من الأصحاب أن الثمرة لا ترد مع الأصل بالعيب من غير تفصيل وكذا في الفلس فتحرر من هذا أن العقود كالبيع والصلح والصداق وعوض الخلع والأجرة والهبة والرهن يفرق فيها بين حالة التأبير وعدمه.ونص عليه أحمد في الرهن في رواية محمد بن الحكم إلا أن في الأخذ في الشفعة وجها آخر سبق ذكره أنه يقع فيه المؤبر إذا كان في حال البيع غير مؤبر ولأن الأخذ يستند إلى البيع إذ هو سبب الاستحقاق وأما الفسوخ ففيها ثلاثة أوجه: أحدها أن الطلع يتبع فيها مع التأبير وعدمه بناء على أن الطلع زيادة متصلة بكل حال أو على أن الفسخ رفع العقد من أصله.والثاني: لا يتبع." (١)

"لأنها كالأجرة، والشفاعة من المصالح العامة فلا يجوز أخذ الأجرة عليها، وفيه حديث صريح في السنن، ونص أحمد في رواية صالح فيمن عنده وديعة فأداها فأهديت إليه هدية أنه لا يقبلها إلا بنية المكافأة، وحكم الهدية عند أداء سائر الأمانات حكم الوديعة.ومنها: ما نص عليه أحمد في رواية ابن ماهان فيمن اشترى لحما ثم استزاد البائع فزاده ثم رد اللحم بعيب فالزيادة لصاحب اللحم ؛ لأنها أخذت بسبب اللحم فجعلها تابعة للعقد في الرد ؛ لأنها مأخوذة بسببه، وإن كانت غير لاحقة به.وتأولها القاضي على أنها إن كانت مأخوذة في المجلس فلحقت بالعقد، وخرج ابن عقيل منها رواية بلحوق الزيادة بعد لزوم العقد والحاجة إلى ذلك.ومنها: ماحكاه الأثرم عن أحمد في المولى يتزوج العربية يفرق بينهما، فإن كان دفع إليها بعض المهر ولم يدخل بها يردوه، وإن كان أهدى هدية يردونها عليه.قال القاضي في الجامع ؛ لأن في هذه الحالة تدل على أنه وهب له بشرط بقاء العقد فإذا زال ملك الرجوع بها **كالهبة بشرط**

---

(١) القواعد لابن رجب ابن رجب الحنبلي ص/١٧٤

الثواب انتهى.وهذا في الفرقة القهرية لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر، وكذلك الفرقة الاختيارية المقسطة للمهر فأما النسخ المقرر للمهر أو نصفه فتثبت معه الهدية.فأما إن كانت العطية لغير المتعاقدين لسبب العقد كأجرة الدلال ونحوها ففي النظريات لابن عقيل: أن فسخ البيع بإقالة ونحوها لم يقف على التراضي فلا يرد الأجرة وإن فسخ بخيار أو عيب ردت ؛ لأن البيع وقع مترددا بين اللزوم وعدمه، وقياسه في النكاح أنه إن فسخ لفقد الكفاءة أو العيب ردت، وإن فسخ لردة أو رضاع أو مخالعة لم ترد.[القاعدة الحادية والخمسون بعد المائة دلالة الأحوال يختلف بها دلالة الأقوال](القاعدة الحادية والخمسون بعد المائة) : دلالة الأحوال يختلف بها دلالة الأقوال في قبول دعوى ما يوافقها ورد ما يخالفها، ويترتب عليها الأحكام بمجردها. ويتخرج عليه مسائل: منها: كنايات الطلاق في حالة الغضب والخصومة لا يقبل دعوى إرادة غير الطلاق بها.ومنها: كنايات القذف وحكمها كذلك على الصحيح، حتى إن ابن عقيل جعلها مع دلالة الحال صرائح.ومنها: لو تلفظ الأسير بكلمة الكفر ثم ادعى أنه كان كرها فالقول قوله ؛ لأن الأسر دليل الإكراه والتقية.ومنها: لو أتى الكافر بالشهادتين على طريق الاستهزاء والحكاية وقال ولم أرد الإسلام مع دلالة الحال على صدقه، فهل يقبل منه؟ على روايتين حكاهما القاضي في روايتيه، ويتخرج عليهما لو أقر بمال في هذه الحال، وأفتى جماعة بلزوم ما أقر به.ومنها: لو أقر المحبوس أو المضروب عدوانا ثم ادعى الإكراه قبل قوله نص عليه.ولو أحضر إلى سلطان فأقر ثم ادعى أنه دهش ولم يعقل ما أقر به لم يقبل. نص عليه أيضا.ويتخرج قبوله إذا." (١)

"النسبة لا بالأواني.قال الطرفان رحمهم الله فيمن قال على صوم رجب ونوى اليمين أو كليهما عليه بالحنث قضاء المنذور والكفارة كما اتفقوا على النذر فيما نواه أو منع نفى اليمين أو لم ينو شيئا وعلى اليمين لو نواها ونفى النذر وقال أبو يوسف يمين في الأول ونذر في الثاني وإلا الجمع.قلنا إطلاق اللفظ على لازم مسماه مع نية الصرف عنه مجازى كما في الرابعة من الاتفاقيات لا إطلاقه على مسماه مقصودا لازمه معه أو مسكوتا عنه إذ كثيرا ما يقصد لوازم الحقائق معها لا بطريق إطلاق عليها لو كان مع الصارف عن الحقائق فلا نزاع فيه ولو جاز بلا صارف ارتفع الثقة عن اللغة وهذا معنى قولهم اسم الذات مستجمع لجميع الصفات فيعمل في الأحكام بحسب الاعتبارين وذلك في الشرعيات **كالهبة بشرط** العوض والإقالة تسميان بيعا لأنه من لوازمها وكشراء القريب يسمى إعتاقا لأنه من لوازمه وموجباته فكذا ما نحن فيه مسماه

(١) القواعد لابن رجب ابن رجب الحنبلي ص/٣٢٢

نذر أطلق صيغته عليه وموجبه يمين قصدت معه أو بدونه لكن لا إطلاقا للصيغة عليها بل للزومها وهذا معنى أنه نذر بصيغته أي بالنظر إليها يمين بموجبه أي بالنظر إلى موجبه ولازمه وهو تحريم المباح اللازم لمسمى النذر الذي هو إيجاب المباح وتحريم المباح يمين بالآية أو معناه دمين حكما بواسطة حكمه الذي هو وجوب المنذور إذ من لوازمه حرمة تركه وهو حكم اليمين قاله النسفي رحمه الله أو معناه يمين بواسطة معناه وهو الإيجاب فإن إيجاب المباح يوجب تحريم ضده وهو اليمين قاله فخر الإسلام رحمه الله غير أن الموجب هنا تحريم المباح وهو ثابت نوى أولا ثبوت موجبات التصرفات الثلاثة كذلك فلا مخالفة بينها وبينه في اللزوم لكن كون تحريم المباح يمينا غير مسلم مطلقا بل إذا قصد وصرح به كما في مورد الآية وإلا كان نحو البيع والتصديق والإبراء والإعتاق والتطليق يمينا لكونه موجبا لحرمة التصرف فيما كان مباحا أو إذا لم يشتهر صرف اللفظ إلى ما يباينها حكما وهو النذر كما في ذكر النذر إذ لازمه ليس أقوى منه وما يقال من أن فراء القريب علة للعتق فلا يحتاج إلى النية وهذه الصيغة تصلح لليمين لا علة لها فإنما يتم بأحد هذين الوجهين فمن هنا افترقا في وجوب النية وقد علم هنا وفيما مر أن الكناية مع الصارف مجاز وبدونه حقيقة وإلا فلا ثقة فلا نفضي هنا بالتزام كونه كناية مخالفا لتصريح الجمهور كما ظن وكذا في إرادة الحج ماشيا بعلي المشي إلى بيت الله وإلا كان كل مطلق في مقيد كناية لا مجازا فالكناية من الإمام النسفي فيه مجاز.." (١)

"فجمعنا بينهما عملا بالدليلين، كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في **الهبة بشرط** العوض.(ولو قال: لله علي صوم هذه السنة ـــــــ ولا تنافي لجواز كون الشيء واجبا لعينه ولغيره، كما إذا حلف ليصلين ظهر هذا اليوم.(فجمعنا بينهما كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في **الهبة بشرط** العوض) حيث اعتبرت الأحكام الثلاثة لجهة التبرع، البطلان بالشيوع وعدم جواز تصرف المأذون فيها. واشتراط التقابض، والثلاثة لجهة المعاوضة الرد بخيار العيب، والرؤية، واستحقاق الشفعة على ما سيأتي إن شاء الله تعالى. بقي أن يقال: يلزم التنافي من جهة أخرى، وهو أن الوجوب الذي يقتضيه اليمين وجوب يلزم بترك متعلقه الكفارة، والوجوب الذي هو موجب النذر ليس يلزم بترك متعلقه ذلك، وتنافي اللوازم أقل ما يقتضي التغاير فلا بد أن لا يرادا بلفظ واحد، ونخبة ما قرر به كلام فخر الإسلام هنا أن تحريم المباح وهو معنى اليمين لازم لموجب صيغة النذر، وهو إيجاب المباح فيثبت مدلولا التزاميا للصيغة من غير أن يراد هو بها ويستعمل

---

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع الفناري ٢/١٨٨

فيه، ولزوم الجمع بين الحقيقي والمجازي باللفظ الواحد إنما هو باستعمال اللفظ فيهما، والاستعمال ليس بلازم في ثبوت المدلول الالتزامي، وحينئذ فقد أريد باللفظ الموجب فقط، ويلازم الموجب الثابت دون استعمال فيه اليمين، فلا جمع في الإرادة باللفظ إلا أن هذا يتراءى مغلطة، إذ معنى ثبوت الالتزامي غير مراد ليس إلا خطورة عند فهم ملزومه الذي هو مدلول اللفظ محكوما بنفي إرادته للمتكلم، والحكم بذلك ينافيه إرادة اليمين به، لأن إرادة اليمين التي هي إرادة تحريم المباح هي إرادة المدلول الالتزامي على وجه أخص منه حال كونه مدلولا التزاميا، فإنه أريد على وجه تلزم الكفارة بخلفه، وعدم إرادة الأعم تنافيه إرادة الأخص، أعني تحريمه على ذلك الوجه، فلم يخرج عن كونه أريد باللفظ معنى.نعم إنما يصح إذا فرض عدم قصد المتكلم عند التلفظ سوى النذر، ثم بعد التلفظ عرض له إرادة ضم الآخر على فوره، لكن الحكم وهو لزومهما لا يخص هذه الصورة، فلذا والله أعلم عدل صاحب البدائع عن هذه الطريقة فقال: النذر مستفاد من الصيغة واليمين من الموجب، قال: فإن إيجاب المباح يمين كتحريمه الثابت بالنص يعني قوله تعالى ﴿لم تحرم ما أحل الله لك﴾ [التحريم: ١] إلى أن قال ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾ [التحريم: ٢] لما حرم – عليه الصلاة والسلام – على نفسه مارية – رضي الله عنها – أو العسل، فأفاد أنه إنما أريد باللفظ موجبه وهو إيجاب المباح، وأريد بنفس إيجاب المباح الذي هو نفس الموجب كونه يمينا قال: ومع الاختلاف فيما أريد به لا جمع، يعني حيث أريد باللفظ إيجاب المباح من غير زيادة، وبالإيجاب نفسه كونه يمينا لا جمع في الإرادة باللفظ بخلاف ما تقدم، فإنه متى أريد الالتزامي ليراد به اليمين لزم الجمع في الإرادة باللفظ، إذ ليس معنى الجمع إلا أنه أريد عند إطلاق اللفظ، ثم لا يخال أنه قياس لتعدية الاسم للمتأمل.وفيه أيضا نظر لأن إرادة الإيجاب على أنه يمين إرادته على وجه هو أن يستعقب الكفارة بالخلف وإرادته من اللفظ نذرا إرادته بعينه على أن لا يستعقبها بل القضاء وذلك تناف، فيلزم إذا أريد يمينا وثبت حكمها شرعا وهو لزوم الكفارة بالخلف أنه لم يصح نذرا إذ لا أثر لذلك فيه.(قوله ولو قال لله علي صوم هذه السنة) سواء أراده أو أراد أن يقول صوم يوم فجرى على لسانه سنة، وكذلك إذ أراد أن يقول كلاما فجرى." (١)

"فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره **الهبة بشرط** العوض.ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما إذا حط البعض وأدى الباقي. ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢/٣٨٤

التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها، ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه؛ لأنه مأذون من جهته بالأداء منه، ـــــــ‌ضروريات المعاوضة وهو تقديم ملك العبد لما أداه وإنزاله قابضا إذا أتاه به، وفيما قبل ذلك المعتبر جهة التعليق فكثرت آثاره بالنسبة إلى المعاوضة فلهذا خالف المعاوضة التي هي الكتابة في صور كثيرة. الأولى: ما إذا مات العبد قبل الأداء وترك مالا فهو للمولى ولا يؤدي منه عنه ويعتق بخلاف الكتابة. والثانية: لو مات المولى وفي يد العبد كسب كان لورثه المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة. الثالثة: لو كانت أمة فولدت ثم أدت فعتقت لم يعتق ولدها؛ لأنه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة. الرابعة: لو قال العبد للمولى حط عني مائة فحط المولى عنه مائة وأدى تسعمائة لا يعتق بخلاف الكتابة. والخامسة: لو أبرأ المولى العبد عن الألف لم يعتق، ولو أبرأ المكاتب عتق كذا ذكروها، والظاهر أنه لا موقع لها إذ الفرق بعد تحقق الإبراء في الموضعين يكون والإبراء لا يتصور في هذه المسألة؛ لأنه لا دين على العبد بخلاف الكتابة. السادسة: لو باع المولى العبد ثم اشتراه أو رد عليه بخيار عيب ففي وجوب قبول ما يأتي به خلاف عند أبي يوسف، نعم، وعند محمد لا، ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فإنه لا خلاف في أنه يجب أن يقبله، ويعد قابضا. ووجه قول محمد إن وجوب القبول وإنزاله قابضا كان من حكم الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول، غير أنه لو قبله عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج عن الملك؛ لما عرف في الأيمان بالطلاق، وقول أبي يوسف عندي أوجه؛ لأن ال كتابة التي تطل بالبيع التي هي القائمة عنده. وأنت علمت أن إنزاله مكاتبا إنما هو في الانتهاء، وهو ما عند أدائه فلا ينزل مكاتبا قبله بل الثابت قبله ليس إلا أحكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة حينئذ معتبرة شرعا فتبطل، وقد فرض بقاء هذه اليمين واعتبار صحتها بعد البيع فيجب ثبوت أحكامها، ومنها وجوب القبول إذا أتى بالمال. السابعة: أنه يقتصر على المجلس فلا يعتق ما لم يؤد في ذلك المجلس، فلو اختلف بأن أعرض أو أخذ في عمل آخر فأدى لا يعتق بخلاف الكتابة، هذا إذا كان المذكور من أدوات الشرط لفظة إن، فإن كان لفظة متى أو إذا فلا يقتصر على المجلس. الثامنة: أنه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل أن يؤدي بخلاف المكاتب. التاسعة: أن للسيد أن يأخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل أن يأتيه بما يؤديه بخلاف المكاتب. العاشرة: أنه إذا أدى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه كان للسيد فيأخذه بخلاف المكاتب. الحادية عشر لو اكتسب العبد مالا قبل تعليق السيد فأداه بعده إليه عتق، وإن كان السيد يرجع بمثله على ما سيذكر، بخلاف الكتابة لا يعتق بأدائه؛ لأنه ملك المولى إلا أن يكون كاتبه على نفسه وماله فإنه حينئذ

يصير به أحق من سيده فإذا أدى منه عتق. (قوله: ولو أدى البعض يجبر على القول إلا أنه لا يعتق) ؛ لأن شرط العتق أداء الكل." (١)

"قال (ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة، وقالا: لا يلزمه) لأنه تبرع، ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب، ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالإقراض والكفالة بالنفس.ولأبي حنيفة أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لأنه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره، فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة،ــــــQالمساواة، ثم كفالة كل الآخر إنما هي فيما هو من ضمان التجارة، أما ما يشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار إن شاء أخذ المشتري منه بدينه وإن شاء أخذ به شريكه، وضمان التجارة كثمن المشتري في البيع الجائز وقيمته في الفاسد وأجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة، وما يشبه ضمان التجارة ضمان غصب أو استهلاك عند أبي حنيفة، أو وديعة إذا جحدها أو استهلكها، كذا العارية لأن تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد له تملك الأصل فتصير في معنى التجارة، ولو لحق أحدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كأروش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص، وعن هذا ليس له أن يحلف الشريك على العلم إذا أنكر الشريك الجاني، بخلاف ما لو ادعى على أحدهما بيع خادم فأنكر فللمدعي أن يحلف المدعى عليه على البتات وشريكه على العلم، لأن كل واحد لو أقر بما ادعاه المدعي يلزمهما، بخلاف الجناية لو أقر أحدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستحلاف.وصورة الخلع ما لو عقدت امرأة شركة مفاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها، وكذا لو أقر ببدل الخلع أو التزمه أحد الشريكين وهو أجنبي (قوله ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة – رحمه الله –، وقالا: لا يلزم صاحبه لأنه) أي الكفيل (متبرع ولهذا لا تصح) الكفالة (من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولهذا) أيضا (لو صدر) أي عقد الكفالة (من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالإقراض) إذا أقرض أحدهما من مال التجارة لإنسان لا يلزم الشريك، وإنما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لأن المريض لو أقر بكفالة سابقة على المرض لزمته في كل المال بالإجماع لأن الإقرار بها يلاقي حال بقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما سنذكره.ذكره في الأسرار. وكون الإقراض لا يلزم الشريك ولو أخذ به سفتجة هو قول محمد وظاهر الرواية عن أبي حنيفة – رحمه الله –، وقال بعضهم:

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٩/٥

وقال أبو يوسف: لا يجوز، ونسبه إلى الإيضاح، وعبارة الإيضاح نقلها في النهاية وغيرها هكذا، قال يضمن: يعني المقرض لشريكه توى المال أو لم يتو، وقياس قول أبي يوسف يضمن المقرض حصة شريكه.قال: وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة؛ فعند أبي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك فكذا المقرض، وعند أبي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقرض (ولأبي حنيفة أنه) أي عقد الكفالة (عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء) **كالهبة بشرط** العوض (لأنه) أي الكفيل المدلول عليه بالكفالة (يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤديه عنه) إذا كفل بأمره فيلزم شريكه بعد ما لزم عليه (فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة،." [1]

"وإذا ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) وهذا استحسان، وفي القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته. وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى. بخلاف **الهبة بشرط** العوض لأنه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى، والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا **الهبة بشرط** العوض(وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى) لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهتهـــــــــــ اليوم الفلاني، وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر إذ لم نر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدان انتهى. فتأمل.قال صاحب العناية: وذكر في الأسرار جواب أبي يوسف عما قاله محمد أن المقصود من ذكر السبب ملك العين، والنكاح إذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما إذا تأخر الشراء فهما سواء في حق تملك العين انتهى. وقال بعض الفضلاء: فيه بحث، إذ لا يندفع بهذا ما ذكره محمد، فإنه إذا تأخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لمدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعيه المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الإمكان، بخلاف ما إذا سويناهما انتهى.أقول: هذا البحث ساقط لأنه لا يثبت ملك العين لمدعية المهر عند تأخر النكاح لا صورة ولا معنى، إذ لم نسمع جعل ملك القيمة ملك العين لا بحسب اللغة ولا بحسب العرف. ولئن سلم ذلك فلأبي يوسف أن يقول: المقصود من ذكر السبب ملك العين صورة، إذ لولاه لاكتفى في الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء في حق ذلك(وإن ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف: (وهذا استحسان، وفي القياس الهبة أولى)

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٦/١٦٢

وهو رواية كتاب الشهادات، كذا في النهاية ومعراج الدراية. وجه القياس قوله: (لأنها) أي لأن الهبة (تثبت الملك) أي ملك العين (والرهن لا يثبته) فكانت بينة الهبة أكثر إثباتا فهي أولى (وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون) ولهذا قالوا: إن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين (وبحكم الهبة) أي المقبوض بحكم الهبة (غير مضمون وعقد الضمان أقوى) أي من عقد التبرع، ولأن بينة الرهن تثبت بدلين المرهون والدين، والهبة لا تثبت إلا بدلا واحدا فكانت أكثر إثباتا فكانت أولى، كذا في الشروح (بخلاف **الهبة بشرط** العوض) يعني لا ترد **الهبة بشرط** العوض نقضا حيث كانت أولى من الرهن (لأنه بيع انتهاء) أي لأن الهبة بيع انتهاء، وتذكير الضمير الراجع إلى الهبة باعتبار الخبر أو بتأويل العقد (والبيع أولى من الرهن لأنه) أي البيع (عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى، والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة هكذا **الهبة بشرط** العوض) أي فكذا **الهبة بشرط** العوض أولى من الرهن لكونها بيعا انتهاء. فإن قلت: الترجيح بمعنى قائم في الحال، **والهبة بشرط** العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فتكون كالهبة مع الصدقة. قلت: نعم هي معاوضة انتهاء، ولكن ذلك المعنى مقصود العاقد في الابتداء عادة فتكون معاوضة ابتداء نظرا إلى المقصود، بخلاف اللزوم في الصدقة فإنه غير مقصود للمتصدق فلا يكون اللزوم قائما في الحال، لا نظرا إلى العقد ولا إلى العاقد ومقصوده كذا في شرح تاج الشريعة(وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى) هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله (لأنه) أي لأن صاحب التاريخ الأقدم (أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته." [١]

"[كتاب الهبة] الهبة عقد مشروع لقوله – عليه الصلاة والسلام – «تهادوا تحابوا» وعلى ذلك انعقد الإجماع (وتصح بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد، والعقد ينعقد بالإيجاب، والقبول، والقبض لا بد منه لثبوت الملك. وقال مالك: يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالعين مع المنفعة. ثم محاسن الهبة لا تحصى ولا تخفى على ذوي النهى. فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال ﴿إنك أنت الوهاب﴾ [آل عمران: ٨] وهذا يكفي لمحاسنها. ثم إن الهبة في اللغة أصلها من الوهب، والوهب بتسكين الهاء وتحريكها، وكذلك في كل معتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والعظة فكانت من المصادر التي تحذف أوائلها ويعوض في أواخرها التاء، ومعناها: إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غير مال، يقال وهب له مالا وهبا وهبة، ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا، ومنه قوله تعالى

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٨/٢٥٧

﴿فهب لي من لدنك وليا﴾ [مريم: ٥] ﴿يرثني﴾ [مريم: ٦] ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه، ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب، واتهبه منه قبله واستوهبه طلب الهبة، كذا في معراج الدراية وغيره.وأما في الشريعة فهي تمليك المال بلا عوضكذا في عامة الشروح بل المتون. أقول: يرد عليه النقض عكسا **بالهبة بشرط** العوض كما ترى، ولم أر أحدا من شراح الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا لإيراده مع ظهور وروده جدا، غير أن صاحب الدرر والغرر قصد إلى الجواب عنه حيث قال في متنه: هي تمليك عين بلا عوض. وقال في شرحه: أي بلا شرط عوض؛ لأن عدم العوض شرط فيه لينتقض **بالهبة بشرط** العوض فتدبر. اهـ كلامه.أقول: فيه نظر، إذ لو كان المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليعم ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ما تقرر في العلوم العقلية من أن بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء، ومن بشرط لا شيء لكان تعريف الهبة صادقا على البيع أيضا كما لا يخفى، فلزم أن ينتقض به طردا على عكس ما في المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يشتد. ثم أقول: يمكن الجواب عن أصل النقض بأنه يجوز أن يكون المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة بلا اكتساب عوض، فالمعنى أن الهبة هي تمليك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض **بالهبة بشرط** العوض، فإنها وإن كانت بشرط العوض إلا أنها ليست بشرط الاكتساب، ألا ترى أنهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب، وقالوا خرج بقولنا بطريق الاكتساب **الهبة بشرط** العوض. ثم أقول: بقي في التعريف المزبور شيء وهو أنه يصدق على الوصية بالمال، فإنها أيضا تمليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الأغيار، فلو زادوا قيد في الحال فقالوا: هي تمليك المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك، فإن الوصية تمليك بعد الموت لا في الحال.(قوله: وتصح بالإيجاب والقبول إلخ) قال صاحب النهاية: أي تصح بالإيجاب وحده في حق الواهب، وبالإيجاب والقبول في حق الموهوب له؛ لأن الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الإقرار والوصية، ولكن." (١)

"البيع «؛ لأنه - عليه الصلاة والسلام - نهى عن بيع وشرط» ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا، وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات.قال: (ومن له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت منها بريء. أو قال: إذا أديت إلي النصف فلك نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل) ؛ لأن الإبراء تمليك من وجه إسقاط من وجه، وهبة الدين ممن عليه إبراء، وهذا؛ لأن الدين مال من وجه

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٩/٩

ومن هذا الوجه كان تمليكا، لا يصح: أعني أن قوله على أن يرد عليه شيئا متصل بقوله أو وهب له دارا، وقوله أو يعوضه شيئا منها متصل بقوله أو تصدق عليه بدار، وإنما قلنا هذا؛ لأنه لو وصل قوله أو يعوضه شيئا منها بقوله أو وهب دارا كان **هبة بشرط** العوض، **والهبة بشرط** العوض صحيح كما مر، وإنما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة، وذلك إنما يكون أن لو كان اشتراط التعويض موصولا بقوله أو تصدق عليه بدار، اللهم إلا إن أراد بقوله أو يعوضه شيئا منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار، فيصح حينئذ صرف قوله أو يعوضه شيئا منها إلى قوله: وإذا وهب دارا إلا أنه يلزم التكرار المحض من غير فائدة شيء بقوله على أن يرد عليه شيئا منها. انتهى كلامه.وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع. أقول: في تحريرهما قصور إذ لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن معنى قوله أو يعوضه شيئا منها سيما بعد قوله على أن يرد عليه شيئا منها إنما هو أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار، والمعنى الآخر مما لا يساعده اللفظ إلا بتعسف بعيد، وهو أن يرجع ضمير منها في قوله أو يعوضه شيئا منها إلى ما هو غير مذكور هاهنا أصلا كلفظ الأعواض فيصير المعنى أو يعوضه شيئا من الأعواض لا من الدار، فاستبعاد إرادة المعنى الأول كما يشعر به لفظة اللهم إلا إن أراد بقوله أو يعوضه شيئا منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغي بالنظر إلى نفس عبارة الكتاب. ثم إن هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير في هذه المسألة قطعي في المعنى الأول فإنه قال فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو بعضها أو يعوضه ثلثها أو ربعها قال: الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه شيئا منها، إلى هنا لفظه.ولا شك أن ثلث الدار أو ربعها بعض منها، فاستبعاد إرادة ذلك المعنى بل تجويز إرادة معنى آخر بالنظر إلى لفظ الجامع الصغير الذي هو مأخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهر، لكن بقي لزوم التكرار وسنذكر ما يتعلق به، وكأن الإمام الزيلعي تنبه لسماجة الاستبعاد الذي يشعر به لفظة اللهم الواقعة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنز أسلوب تحريرهما فقال وقوله أو يعوضه شيئا منها فيه إشكال، فإنه إن أراد به **الهبة بشرط** العوض فهي، والشرط جائزان فلا يستقيم قوله: بطل الشرط، وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض؛ لأنه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئا منها. انتهى كلامه.أقول: ولو اطلع على أصل هذه المسألة، وهو ما ذكر في الجامع الصغير لترك الترديد أيضا، بل قصر على الشق الثاني لكون

ذلك نصا في هذا الشق كما نبهت عليه آنفا. ثم إن صاحب العناية كأنه قد اطلع على أصل المسألة أيضا حيث لم يتعرض للشق الأول أصلا، بل ساق كلامه على أن يتقرر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال: ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه؛ لأن الرد عليه." (١)

"﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا﴾ [النور: ٣٣]ـــــــوبهذا الذي ذكره عن غير تلك الأشياء أيضا، فما معنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر؟ وإن لم يقع الاحتراز به عن غيرها فما فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط، إذ ينتفض حينئذ ما ذكره في وجه المناسبة بغيرها من الأغيار، وبعبارة أخرى أنه إن وجب الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن لزم أن لا يتحقق شيء من تلك الوجوه في غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه، فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الأشياء الثلاثة بالذكر وإن لم يجب الاطراد فيها، بل كفى تحقق كل منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره أيضا أم لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره وفيما نحن فيه عن تلك الأشياء الثلاثة، سيما إذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلاثة. والتحقيق أن المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد، وأن الوجه الذي ذكره صاحب النهاية هاهنا ليس بمتحقق في غير ما نحن فيه أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق فكان مطردا، فلا وجه لتخصيص تلك الأشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه. ثم إن صاحب العناية نقل ما ذكر في النهاية وبين المراد منه حيث قال: قال في النهاية: أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة، وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق: يعني أن قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع **والهبة بشرط** العوض. وقوله بطريق الأصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال، فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة، إلى هنا لفظ العناية. أقول: في كل واحد من نقله وبيانه اختلال. أما في نقله فلأن الهبة غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية، وقد ضمها في النقل إلى البيع والطلاق والعتاق. وأما في بيانه فلأنه قيد الهبة في البيان بشرط العوض وأطلقها في أثناء النقل، ولا شك أن قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرجها عن الإطلاق، إذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها أصلا فتخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال كما تخرج به **الهبة بشرط** العوض فلا وجه للتقييد في البيان. وأيضا لم يكن النكاح مذكورا في نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها، وقد

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٥٣/٩

تعرض في البيان لخروج النكاح أيضا بقوله بطريق الأصالة، ولا يخفى ما فيه. وأيضا كان الطلاق والعتاق مطلقين في المنقول، وقد قيد ما في البيان بكونهما على مال وجعلهما خارجين بقوله بطريق الأصالة، ولم يذكر خروج الطلاق والعتاق بغير مال بشيء من القيدين مع أنهما يخرجان بقيد المقابلة في قوله بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرنا في الهبة بلا شرط عوض فتأمل. وقال صاحب غاية البيان: إن ذكر المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب، ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق لأن الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى. ونقله صاحب العناية فزيفه حيث قال: وذكر في بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب، ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لأن الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا، وليس كذلك لأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض، والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة." (١)

"ومكاتب الغير. وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال، وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا، ولأن عقد الكتابة عقد من وجهـــــــهإلا أن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص اهـ.أقول: ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق، لأن المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر العوض فيه بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما، لأن ذكر العوض بطريق الأصالة. وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا: أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة. وقالوا: خرج بقولنا ما ليس بمال البيع **والهبة بشرط** العوض. وخرج بقولنا بطريق الأصالة النكاح والطلاق والعتاق على مال. فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة اهـ.ثم قال صاحب العناية: لا يقال هلا جعلت إسقاطا لبعض الحق ليجوز لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا اهـ. وقال ذلك البعض من الفضلاء: لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل وإسقاط الديون المؤجلة اهـ.أقول: ليس هذا بسديد، لأن المستحق في كل منهما هو المؤجل، والمسقط أيضا هو المؤجل، وليس هناك شرط شيء معجل في المقابلة فلم يوجد

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٥٣/٩

التصرف في غير المستحق أصلا، بخلاف ما نحن فيه فإن الخمسمائة المعجلة التي وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن حمل الصلح إسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر، فإن الإسقاط والاستيفاء إنما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء. نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت الصلح إسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لأن الإسقاط والاستيفاء إنما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا لكان أظهر، لأن تأثير قوله والمعجل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الإسقاط فيه كما لا يخفى، وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قول المصنف لأنه اعتياض عن الأجل، لأن المعجل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح إسقاطا للبعض واستيفاء للبعض، فلو جعل إنما يجعل اعتياضا عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الأجل بخمسمائة أخرى، والاعتياض عن الأجل لا يجوز اهـ (قوله وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به) قال بعض العلماء: فيه مناقشة ظاهرة،." (١)

"ولا يقع العتق بألفاظ الطلاق وإن نوى.والطلاق والعتاق تراعى فيهما الألفاظ لا المعنى فقط.فلو قال لعبده: إن أديت إلي كذا في كيس أبيض فأنت حر، فأداها في كيس أحمر لم يعتق.ولو وكله بطلاق زوجته منجزا فعلقه على كائن لم تطلق.وفي الهبة بشرط العوض نظروا إلى جانب اللفظ ابتداء فكانت هبة ابتداء، وإلى جانب المعنى فكانت بيعا انتهاء، فتثبت أحكامه من الخيارات ووجوب الشفعة.بيع الآبق لا يجوز إلا لمن يزعم أنه عنده ولولده الصغير، كما في الخانية.الشراء إذا وجد نفاذا على المباشر نفذ، فلا يتوقف شراء الفضولي، ولا شراء الوكيل المخالف، ولا إجارة المتولي أجيرا للوقف بدرهم ودانق بل ينفذ عليهم والوصي كالمتولي وقيل تقع الإجارة لليتيم، وتبطل الزيادة كما في القنية إلا في مسألة. الأمير والقاضي إذا استأجر أجيرا بأكثر من أجرة المثل فإن الزيادة باطلة ولا تقع الإجارة له كما في سير الخانية. الذرع وصف في المذروع إلا في الدعوى والشهادة.كذا في دعوى البزازية. المقبوض على سوم الشراء مضمون لا المقبوض على سوم النظر كما في الذخيرة. تكرر الإيجاب مبطل للأول إلا في العتق على مال، كذا في بيع الذخيرة.العقود تعتمد في صحتها الفائدة فما لم يفد لم يصح، فلا يصح بيع درهم بدرهم استويا وزنا وصفة كما في الذخيرة، ولا تصح إجارة ما لا يحتاج إليه كسكنى دار بسكنى دار.إذا قبض المشتري المبيع

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٩٢/٩

بيعا فاسدا ملكه إلا في مسائل:الأولى: لا يملكه في بيع الهازل كما في الأصول. الثانية: لو اشتراه الأب من ماله لابنه الصغير وباعه له كذلك فاسدا لا يملكه به بالقبض حتى يستعمله، كذا في المحيط. الثالثة: لو كان مقبوضا في يد المشتري أمانة لا يملكه به.الرابعة: المشتري إذا قبض المبيع في الفاسد بإذن بائعه ملكه.وتثبت أحكام الملك كلها إلا في مسائل؛ لا يحل له أكله ولا لبسه، ولا وطؤها لو كانت جارية ولو وطئها ضمن عقرها، ولا شفعة لجاره لو كانت عقارا.الخامسة: لا يجوز أن يتزوجها البائع من المشتري كما ذكرناه في الشرح.." [1]

"وينعقد بلفظ الهبة مع ذكر البدل. ٢٩ – وبلفظ الإعطاء ٣٠ – والاشتراك، والإدخال ٣١ – والرد ٣٢ – والإقالة على قول، وقد بيناه مفصلا معزوا في شرح الكنز.٣٣ – وتنعقد الإجارة بلفظ الهبة والتمليك، كما في الخانية وبلفظ الصلح عن المنافع وبلفظ العارية. وينعقد النكاح بما يدل على ملك العين للحال كالبيع والشراء والهبة والتمليك.ـــــــــــسابقة البيع إلا أن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء أخذه بطريق الاقتضاء كما لو قال بعتك عبدي هذا بألف، فقال هو حر، عتق وثبت، اشتريت اقتضاء والحاصل أن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ. (٢٨) قوله: وينعقد بلفظ الهبة إلخ. يعني نظرا للمعنى؛ لأن **الهبة بشرط** العوض هبة لفظا بيع معنى وذلك كما إذا قال: وهبت لك هذه الدار بألف وهذا العبد بثوبك هذا فرضي كان بيعا إجماعا.(٢٩) قوله: وبلفظ الإعطاء. قال في المحيط وينعقد بلفظ بذلته بكذا.(٣٠) قوله: والاشتراك والإدخال. أي ينعقد البيع بهما بأن قال أشركتك في كذا وأدخلتك في كذا. (٣١) قوله: والرد، كما لو أخذ ثوبا من رجل فقال البائع هو بعشرين وقال المشتري لا أزيدك على عشرة فأخذه وذهب به وضاع عنده قال أبو يوسف هو بعشرين كذا في الخانية (انتهى) . وفيه تأمل.(٣٢) قوله: والإقالة. أي تنعقد بلفظ الإقالة كما لو قال أقلتك بكذا فقال قبلت على قول أبي بكر الإسكاف، وعلى قول أبي جعفر لا ينعقد وبه أخذ الفقيه أبو الليث وهو المختار كما في منية المفتي.(٣٣) قوله: وتنعقد الإجارة بلفظ الهبة والتمليك إلخ. قالوا لا تنعقد بلفظ البيع." [2]

"الطلاق وإن نوى. والطلاق والعتاق تراعى فيهما الألفاظ لا المعنى فقط. فلو قال لعبده: إن أديت إلي كذا في كيس أبيض فأنت حر، فأداها في كيس أحمر لم يعتق. ولو وكله بطلاق زوجته منجزا فعلقه

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ابن نجيم ص/١٧٥

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٢/٢٦٨

على كائن لم تطلق. وفي **الهبة بشرط** العوض نظروا إلى جانب اللفظ ابتداء فكانت هبة ابتداء، وإلى جانب المعنى فكانت بيعا انتهاء، فتثبت أحكامه من الخيارات ووجوب الشفعة.٣٦ – بيع الآبق لا يجوز إلا لمن يزعم أنه عنده٣٧ – ولولده الصغير، كما في الخانية.٣٨ – الشراء إذا وجد نفاذا على المباشر نفذ، فلا يتوقف شراء الفضولي، ولا شراء الوكيل المخالف،ـــــــQقوله: بيع الآبق لا يجوز. اختلف في بيع الآبق فقيل فاسد وقيل باطل ورجح في الفتح الفساد.(٣٧) قوله: ولولده الصغير. يخالفه ما في الزيلعي والفتح حيث قالا وتجوز هبته لابنه الصغير أو ليتيم في حجره بخلاف ما إذا باعه منه؛ لأن ما بقي له من اليد يكفي في الهبة دون البيع؛ لأنه قبض بإزاء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بإزائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظرا للصغير فإنه لو عاد عاد إلى ملك الصغير. وفي الخانية لو وهب عبده الآبق لولده الصغير لا يجوز، وإن باعه جاز فقد عكس الحكم على ما نقله الشارحون. قال في البحر: ولم أر أحدا منهم نبه على هذا، واعلم أن جواز هبة العبد الآبق لابنه الصغير مقيد بما إذا لم يأبق إلى دار الحرب كما في منية المفتي وقد أفاد الزيلعي أنه يجوز تزويج العبد الآبق.(٣٨) قوله: الشراء إذا وجد نفاذا إلخ. الأصل فيه كما في القنية في باب البيع الموقوف أن من اشترى شيئا لغير آمره كان للعاقد وإن أجازه لفلان إلا إذا أضافه إليه بأن قال اشتريته لفلان أو قبلته له أو قال البائع بعته من فلان وقال الفضولي." [١]

"المأمور بالدفع إلى فلان إذا ادعاه وكذبه فلان فالقول له في براءة نفسه إلا إذا كان غاصبا أو مديونا كما في منظومة ابن وهبانبعث المديون المال على يد رسول فهلك،ـــــــQالفقيه أبو الليث وذكر الناطفي إذا قال أنت وكيلي في كل شيء جائز صنعك.روي عن محمد أنه وكيل في المعوضات والإجارات والهبات والإعتاق وعليه الفتوىثم قال وفي البزازية أنت وكيلي في كل شيء جائز أمرك، يملك الحفظ والبيع والشراء ويملك الهبة والصدقة حتى إذا أنفق على نفسه من ذلك المال جاز حتى يعلم خلافه من قصد الموكل.وعن الإمام تخصيصه بالمعاوضات ولا يلي العتق والتبرع وعليه الفتوىوكذا لو قال طلقت امرأتك أو وقفت أرضك الأصح أنه لا يجوزوفي الذخيرة أنه توكيل بالمعاوضات لا بالإعتاق والهبات وبه يفتى (انتهى) .وفي الخلاصة كما في البزازية والحاصل أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شيء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة على المفتى به وينبغي أن لا يملك الوكيل وكالة عامة الإبراء والحط عن المديون لأنهما من قبيل التبرع فدخل تحت قول البزازي لأنه لا يملك التبرع.وهل له الإقراض **والهبة بشرط** العوض فإن القرض عارية ابتداء

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٢/٢٠٧

معاوضة انتهاء.وينبغي أن لا يملكها الوكيل بالوكيل العام لأنه لا يملكها إلا من يملك التبرعات ولذا لا يجوز إقراض الوصي مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وإن كان معاوضة في الانتهاء وظاهر العموم أنه يملك قبض الدين واقتضاءه وإيفاءه والدعوى بحقوق الموكل وسماع الدعوى بحق على الموكل والأقارير على الموكل بالديون ولا يختص بمجلس القاضي لأن ذلك في الوكيل بالخصومة لا في العام(٦١) قوله:المأمور بالدفع إلى فلان إلى قوله كما في منظومة ابن وهبانأقول ليس في منظومة ابن وهبان هذا الاستثناء الذي ذكره المصنف ونص عبارته:وفي الدفع قل قول الوكيل مقدم ... وكذا قول رب الدين والخصم يجبرقال شارحها العلامة ابن الشحنة مسألة البيت من البدائع دفع إلى آخر ألف درهم وقال اقض بها ديني لفلان فقال المأمور قضيت بها دينك له وقال صاحب الحق لم تقضني شيئا فالقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان وهذا معنى قوله:." (١)

"والوقف، في رواية. وما لا يبطل بالشرط الفاسد: الطلاق والخلع والرهن والقرض ٨ - والهبة والصدقة والوصاية والوصية.٩ - والشركة والمضاربة والقضاء والإمارة والكفالة والحوالة والإقالة.١٠ - والغصب والكتابة‌‌والرجعة وقد ذكر في جامع الفصولين عزل الوكيل من قسم ما لا يصح تعليقه ويبطل بفاسده لكن قال في رواية وفي البزازية: وتعليق عزل الوكيل بالشرط يصح في رواية الصغرى ولا يصح في رواية السرخسي والدليل عليه أنهم قالوا: إن الذي يبطل بالشرط الفاسد ما كان من باب التمليك والعزل ليس منه وهذا هو الحق فيجب إلحاقه بقسم ما لا يصح تعليقه بالشرط لكن يبطل بالشرط الفاسد وأرجو من كرم الفتاح الظفر بالنقل في المراجعة (انتهى) .(٧) قوله: والوقف في رواية. كذا في جامع الفصولين وقد سئل الشيخ محمد بن عبد الله الغزي صاحب التنوير عن تعليق الوقف بالشرط فأجاب بأن الوقف لا يصح تعليقه على الرواية المشهورة المعول عليها.أقول وإنما كان المعول عليها لمشي أصحاب المتون عليها إذ هو تصحيح التزامي.(٨) قوله: والهبة.في العمادية: **تعليق الهبة** بالملائم يصح كوهبتك على أن تعوضني كذا فإن كان مخالفا صحت الهبة وبطل الشرط (انتهى) . ومنه يعلم ما في كلام المصنف من الخلل.(٩) قوله: والشركة. أي لا تبطل بالشرط الفاسد أقول في منية المفتي الشركة تبطل ببعض الشروط الفاسدة ولا تبطل بالبعض حتى لو اشترط التفاضل في الوضيعة لا تبطل وتبطل باشتراط ربح عشره لأحدهما وإن كان

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٢٦/٣

كلاهما شرطا فاسدا (انتهى) . ومنه يعلم ما في إطلاق المصنف من عدم البطلان بالشرط الفاسد.(١٠) قوله: والغصب. أي: لا يبطل بالشرط الفاسد أقول ينظر صورة عدم بطلانه بالشرط الفاسد.." [١]

"العشرون: في الشفعة؛ ١ – الحيلة أن يهب الدار من المشتري ثم هو يوهبه قدر الثمن،٢ – وكذا الصدقة، ٣ – أو يقر لمن أراد شراءها بها ثم يقر الآخر له بقدر ثمنها،ــــــ [العشرون في الشفعة]قوله: الحيلة أن يهب الدار من المشتري إلخ. يعني ويشهد عليه، ثم المشتري يهب الثمن من البائع ويشهد عليه فإذا فعل ذلك لا تجب الشفعة لأن حق الشفعة تختص بالمبادلات؛ والهبة إذا لم تكن بشرط العوض لا تصير مبادلة من رد الموهوب له الموهوب به بالعيب وغير ذلك وإذا لم تصر مبادلة تعينت هبة فلا يثبت فيها الشفعة. غير أن هذه حيلة يملكها بعض الناس دون البعض لأنها تبرع ومن الناس من لا يملك التبرع كالأب والوصي والوكيل وأما إذا كانت **الهبة بشرط** العوض ففيه اختلاف الروايتين ففي ظاهر الرواية أنها بمعنى البيع ويثبت للشفيع فيها حق الشفعة. وفي النوادر أنها ليست في معنى البيع وفي بعض المواضع ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وإذا كان في المسألة اختلاف أو خلاف لا تصح عليه لإبطال الشفعة كذا في التتارخانية.(٢) قوله: وكذا الصدقة. يعني تكون حيلة لإسقاط حق الشفعة كالهبة وإنما تفارق الهبة الصدقة في حق الرجوع فيها دون الصدقة وأما فيما عدا ذلك فالهبة والصدقة سواء.(٣) قوله: أو يقر لمن أراد شراءها بها إلخ. أي يقر البائع لمريد شراء الدار بها ثم يقر الذي يريد شراء الدار بالثمن للبائع فلا يثبت للشفيع حق الشفعة. وهذا مروي عن محمد – رحمه الله تعالى –. غير أن هذا الإقرار ليس بحق والإقرار إذا لم يكن بحق هل ينقل الملك أو لا؟ فيه كلام عرف في كتبنا فهذا بناء على ذلك.." [٢]

"الأخذ والإعطاء. (ر: مادة / ١٦٩ و ١٧٢ / من المجلة) ، وكذا انعقاد شراء الثمار على الأشجار بلفظ " الضمان " في عرفنا الحاضر.(ثانيا _ التطبيق)١ – إن جريان حكم الرهن في بيع الوفاء ليس في جميع الأحكام بل في بعضها، وبيان ذلك أنه اختلف في بيع الوفاء فقيل هو بيع صحيح، وقيل بيع فاسد، وقيل هو رهن. والمفتى به هو القول الجامع، وعليه جرت المجلة في المادة / ١١٨ / وهو أن بيع الوفاء له شبه بالبيع الصحيح، وشبه بالفاسد، وشبه بالرهن، وله من كل شبه بعض أحكام المشبه به.ولا مانع من أن يكون للعقد الواحد أكثر من حكم واحد باعتبار المقصود منه، **كالهبة بشرط** العوض كما سيأتي.وكقرض

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٤/٤٤

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٤/٢٧٥

القيمي، فإنه قرض من وجه بحيث يملكه المستقرض بالقبض، وعارية من وجه حيث إنه يجب رد عينه على المقرض كما سيأتي في الكلام على هذه المادة نقلا عن رد المحتار أول فصل القرض.وكالمضاربة، فإن المال عند المضارب أمانة. فإذا تصرف فهو وكيل، فإذا ربح فهو شريك، فإذا فسدت فهو أجير إجارة فاسدة، فإذا خالف فهو غاصب. (ر: جامع الفصولين، الفصل الثلاثين، صفحة / ٦١) .وكالاستصناع، فإن له شبها بالبيع، وشبها بالإجارة، فإنه إذا وقع على ما جرى فيه تعامل ولم يؤجل أو أجل دون أجل السلم على وجه الاستعجال كان له شبهان، شبه بالبيع بخيار للمتبايعين حتى إن لكل منهما فسخه، وشبه بالإجارة حتى إنه يبطل بموت الصانع.وثبوت الخيار لهما قبل العمل لا خلاف فيه عندنا، وأما بعد العمل فثبوته لهما هو الصحيح في المذهب، وروي عن أبي يوسف لزومه بلا خيار لأحد المتعاقدين. (ر: البدائع، كتاب الاستصناع، والدر المختار وحاشيته رد المحتار، أواخر باب السلم) .." (١)

"(القاعدة السادسة والخمسون (المادة / ٥٧))

(" لا يتم التبرع إلا بالقبض ")

(الشرح، مع التطبيق)

لا يتم التبرع إلا بالقبض، لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا تجوز الهبة إلا مقبوضة "، ولما روي عن السادات أبي بكر وعمر وابن عباس ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم أنهم قالوا: لا تتم الصدقة إلا بالقبض، ولأن عقد التبرع لو تم بدون قبض لثبت للمتبرع عليه مطالبة المتبرع بالتسليم فيصير عقد ضمان، وهو تغيير للمشروع. ولا فرق في اشتراط القبض لتمام التبرع بين ما كان تبرعا ابتداء وانتهاء كالهدية والصدقة (والفرق بين الصدقة والهبة أن الهبة يشترط لها أن لا تكون شائعة قابلة للقسمة. وفي الصدقة لا يشترط ذلك إذا كانت بين اثنين، كما لو تصدق على اثنين مشاعا) والهبة بلا شرط عوض، وبين ما كان تبرعا ابتداء معاوضة انتهاء، **كالهبة بشرط** العوض والقرض والرهن، فإن القبض شرط لتمام جميعها.

فإذا وجد (أي القبض) مستوفيا شروط صحته، تمت (أي تلك العقود التبرعية) وإلا فلا.

---

(١) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/٥٦

وشروط صحته: ١ - أن يكون بإذن المالك صريحا، نحو: اقبضه أو أذنت لك بالقبض، أو رضيت، وما شاكل ذلك. فيجوز قبضه ولو بعد الافتراق. أو دلالة، وذلك." [١]

"قال فهو كما شرط أي تصير الغلة للمساكين سنة والأرض ملك لورثته لأنه باشتراطه البطلان خرجت من الوقف المضاف اللازم بعد الموت إلى الوصية المحضة وقال الخصاف ولو وقف داره يوما أو شهرا لا يجوز لأنه لم يجعله مؤبدا وكذلك لو قال صدقة موقوفة بعد وفاتي على فلان سنة يكون باطلا فالحاصل أن على قول هلال إذا شرط فى الوقف شرط يمنع التأبيد لا يصح الوقف، ولو قال إذا جاء غد أو إذا جاء رأس الشهر أو قال إذا كلمت فلانا أو إذا تزوجت فلانة وما أشبهه فأرضى هذه صدقة موقوفة يكون الوقف باطلا لأنه تعليق والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر لكونه مما لا يحلف به فلا يصح تعليقه كما لا يصح **تعليق الهبة** بخلاف النذر لأنه يحتمل التعليق ويحلف به فلو قال أن كلمت فلانا إذا قدم أو ان برأت من مرضى هذا فأرضى هذه صدقة موقوفة يلزمه التصدق بعينها إذا وجد الشرط لأن هذا بمنزلة النذر واليمين ولو قال أرضى هذه صدقة موقوفة على أن لي أصلها أو على أنه لا يزول ملكي عن أصلها أو على أن أبيع أصلها وأتصدق بثمنها كان الوقف باطلا ولو قال هي صدقة موقوفة إن شئت أو إن أحببت أو هويت كان الوقف باطلا فى قولهم لأن هذا تعليق الوقف بشرط وتعليقه باطل فى قولهم، ولو قال إن كانت هذه الأرض فى ملكي فهي صدقة موقوفة فإنه ينظر إن كانت فى ملكه وقت التكلم صح الوقف وإلا فلا لأن التعليق بالشرط الكائن تنجيز ولو علق وقفها على شرائها فاشتراها لا تصير وقفا بخلاف تعليق العتق به للقبول وعدمه، ولو وقف أرض غيره فأجازه المالك جاز الوقف عندنا خلافا للشافعي بناء على جواز تصرف الفضولي موقوفا عندنا وبطلانه عنده، ولو انهدم علو وقف أو حوض وقف وليسا لهما ما يمكن به عمارتهما أو احترق حانوت وقف مع السوق وصار بحال لا ينتفع به يبطل الوقف على قول محمد ويرجع النقض إلى الواقف وإلى ورثته من بعده وكذلك لو كان بعيدا عن." [٢]

"لأنه صالح عن بعض ماله ببعض، فهو هضم للحق (١) ومحله أيضا (إن لم يكن شرطاه)(٢) بأن يقول: بشرط أن تعطيني كذا. أو: على أن تعطيني أو تعوضني كذا. ويقبل على ذلك، فلا يصح (٣) لأنه يفضي إلى المعاوضة (٤) فكأنه عاوض عن بعض حقه ببعض (٥).____________(١) أي ظلم

---

(١) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/٢٩٩

(٢) ال إسعاف فى أحكام الأوقاف، البرهان الطرابلسي ص/٣٠

وغصب للحق، وذلك أن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة، لأنه يحتاج إلى حرف يتعدى به.(٢) أي ومحل صحة الإبراء والهبة أيضا إن لم يكن شرطاه.(٣) أي بأن يقول المقر له: أبرأتك، أو وهبتك بشرط أن تعطيني كذا من الدين، أو تعوضني كذا من العين. ويقبل على ذلك، أو يقول المقر له: أبرأتك أو وهبتك على أن تعطيني كذا منه، أو تعوضني منه، كذا. ونحو ذلك، ومثل أن يقول من له ألف: أبرأتك من خمسمائة. أو: وهبتك، بشرط أن تعطيني، أو على شرط أن تعطيني ما بقي، ويقبل على ذلك فلا يصح، لأنه لا يصح تعليق الإبراء ولا **الهبة بشرط**.(٤) فإنه إذا قال: صالحني بهبة كذا. أو: على هبة كذا. أو: على نصف هذه العين. ونحو ذلك، فقد أضاف إليه بالمقابلة، وإن أضاف إليه "على" جرى مجرى الشرط، وكلاهما لا يجوز، بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة، وقال بعضهم: إنما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة إذا كان ثم عوض، أما مع عدمه فلا، وإنما معنى الصلح الاتفاق والرضى، وقد يحصل من غير عوض.(٥) أي وهذا المعنى ملحوظ في لفظ الصلح، لأنه لا بدله من لفظ يتعدى به، كالباء، وعلى، وهو يقتضي المعاوضة.." (١)

"ونجاسة يباح نفعها كالوصية(١) ولا تصح معلقة، ولا مؤقتة(٢) إلا نحو: جعلتها لك عمرك؛ أو: حياتك(٣)؛ أو: عمري؛ أو: ما بقيت؛ فتصح(٤) وتكون لموهوب له، ولورثته بعده(٥).__________(١) أي وتجوز هبة نجاسة يباح نفعها، كدهن متنجس للاستصباح به، لأن نقل اليد في هذه الأعيان ونحوها جائز، كما يجوز في الوصية.(٢) أي ولا تصح الهبة معلقة على شرط مستقبل، كإذا جاء رأس الشهر فقد وهبتك كذا؛ غير الموت، وتكون وصية ولا تصح الهبة مؤقتة، كوهبتك هذا سنة أو شهرا؛ لأنها تمليك عين، فلا توقت كالبيع، ورجح ابن القيم **تعليق الهبة** والإبراء على شرط، واحتج له.(٣) أي إلا توقيت العمري والرقبى فيصحان، وهما نوعان من أنواع الهبة، كقوله: جعلت لك هذه الدار عمرك؛ أو: أعمرتك هذه الدار؛ أو: أرقبتك هذه الجارية؛ أو: جعلتها لك حياتك؛ فتصح.(٤) أي أو: جعلتها لك عمري؛ أو: جعلتها لك ما بقيت؛ أو: ما عشت؛ ونحو ذلك فتصح.(٥) كتصريحه بأن يقول: هي لك ولعقبك من بعدك، فإن لم يكن له ورثة فلبيت المال، لقول جابر: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمري لمن وهبت له. متفق عليه، ولمسلم «من أعمر عمرى فهي للذى أعمرها حيا وميتا» وقال «لا ترقبوا ولا تعمروا، فمن أرقب شيئا أو أعمره فهو لورثته» وغير ذلك مما يدل على ملك المعمر

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ١٢٦/٩

والمرقب، قال الشيخ: تصح العمري، وتكون للمعمر ولورثته إلا أن يشترط المعمر عودها إليه، فيصح الشرط، وهو رواية عن أحمد، وقول طائفة من العلماء.." [1]

" ١ (كتاب الشفعة) ١

الشفعة مأخوذة من ضم الشيء إلى الشيء ومن ذلك الشفع ، اسم للزوج ، لأنه انضم الثاني إلى الأول ، ومنه قوله تعالى : ١٩ (﴿ والفجر ، وليال عشر ، والشفع والوتر ﴾) والشفيع ، لانضمامه في المعونة إلى المشفوع له ، (وحدها) في الإصطلاح قال أبو محمد في المقنع : إنها استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها . وهو غير جامع ، لخروج الصلح بمعنى البيع ، **والهبة بشرط** الثواب ، ونحو ذلك منه ، وقال في المغني : استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه ، من يد من انتقلت إليه ، وهو غير مانع ، لدخول ما انتقل بغير عوض ، كالإرث ، والوصية ، والهبة بغير ثواب ، أو بعوض غير مالي على المشهور ، كالخلع ونحون ، فالأجود إذا أن يقال : من يد من انتقلت إليه بعوض مالي أو مطلقا .

٢٠٩٣ وهي جائزة لما روى جابر رضي الله عنه قال : قضى رسول الله بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق فلا شفعة . رواه أحمد ، والبخاري ، وفي لفظ : إنما جعل النبي . الحديث رواه أحمد ، والبخاري ، وأبو داود ، إلى غير ذلك من الأحاديث ، والإجماع على ذلك إلا خلافا شاذا يروى عن الأصم ، والله أعلم .

قال : ولا تجب الشفعة إلا للشريك المقاسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق فلا شفعة .

ش : يشترط للشفعة شروط (أحدها) أن يكون شريكا ، فلا تجب الشفعة للجار ، لما تقدم من حديث جابر ، إذ معناه الشفعة حاصلة أو ثابتة ، أو مستقرة في كل ما لم يقسم ، فما قسم لا تحصل فيه ولا تثبت ، ويؤيد هذا الرواية الأخرى المصرح فيها بالحصر : إنما جعل وتمام الحديث أيضا يدل على ذلك ، والراوي ثقة ، عالم باللغة ، فلا ينقل إلا اللفظ أو معناه .

٢٠٩٤ وقد روى الترمذي وصححه في هذا الحديث : قال رسول الله : (إذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق ، فلا شفعة) .

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ١٠/١١

". (١)

" ويستثنى من غير الأرض البناء ، والغراس ، فإن الشفعة تجب فيهما تبعا للأرض .

٢٠٠١ وفي حديث جابر رضي الله عنه أن النبي : (قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ، ربعة أو حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به) رواه مسلم وغيره ، فنص على الحائط أي حائط النخل ، وهذا الشرط قد يؤخذ من كلام الخرقي ، من قوله : فإذا وقعت الحدود . إذ الخرقي سبك الحديث . (وعن أحمد) رحمه الله رواية أخرى أن الشفعة تجب في كل شيء ، إلا في منقول ينقسم ، فتجب على هذا في كل ما لا ينقسم ، كالحمام الصغير ونحوه ، وفي غير الأرض ، من البناء [المنفرد] ونحون ، لعموم حديث جابر المتقدم .

٢١٠٢ وروى عبد الله بن أحمد رحمه الله في المسند عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه ، أن النبي قضى بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والدور .

٢١٠٣ وروى الطحاوي بسنده عن جابر رضي الله عنه قال : قضى رسول الله بالشفعة في كل شيء . قال بعض الحذاق من المحدثين : ورواته ثقات . ولا ريب عند الأصحاب أن المذهب ما تقدم .

(الشرط الرابع) : أن ينتقل الشقص بعوض مالي ، وتحريره أنه إن انتقل بغير عوض كالإرث والوصية ونحوهما لم تثبت الشفعة عندنا بلا نزاع ، وإن انتقل بعوض مالي كالبيع ، **والهبة بشرط** الثواب ، ونحوهما ثبتت الشفعة بلا نزاع ، وإن انتقل بعوض غير مالي كالصداق ، والصلح عن دم العمد ، ونحوهما فوجهان ، أشهرهما عند القاضي وأكثر أصحابه لا ، (والثاني) واختاره ابن حامد ، وأبو الخطاب في الإنتصار نعم ، وعليه هل يأخذ الشقص بقيمته أو بالدية ومهر المثل ؟ فيه وجهان ، والله أعلم .

قال : ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع فلا شفعة له .

ش : إذا ثبتت الشفعة فهل حق المطالبة بها على الفور أو التراخي ؟ فيه روايتان (إحداهما) وهي المشهورة ، والمختارة عند الأصحاب أنه على الفور ، فلو أخره من غير عذر سقطت شفعته .

ش : إذا ثبتت الشفعة فهل حق المطالبة بها على الفور أو التراخي ؟ فيه روايتان (إحداهما) وهي المشهورة ، والمختارة عند الأصحاب أنه على الفور ، فلو أخره من غير عذر سقطت شفعته .

---

(١) شرح الزركشي، ٢/١٦٥

٢١٠٤ لأنه يروى عن النبي أنه قال : (الشفعة لمن واثبها) ولأن ثبوته على التراخي ربما أضر بالمشتري ، لعدم استقرار ملكه ، (والثانية) واختارها القاضي يعقوب أنه على التراخي ، كخيار العيب ، (فعلى الأولى) هل يتقيد بساعة العلم وهو ظاهر كلام الخرقي ، وأحمد ، واختيار أبي محمد ، لظاهر الحديث أو يتقيد بمجلس العلم

". (١)

" ٢ (١٠٠ باب الشفعة) - بإسكان الفاء - من الشفاعة - أي : الزيادة أو التقوية - أو من الشفع وهو أحسنها فإن الشفيع هو الزوج والشفيع كان نصيبه منفردا في ملكه فبالشفعة ضم المبيع إلى ملكه فصار شفعا والشافع هو جاعل الوتر شفعا والشفيع فعيل بمعنى فاعل وهي ثابتة بالسنة والإجماع أما السنة فما روى جابر قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة (١) | ولمسلم قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باع ولم يستأذنه فهو أحق به وأما الإجماع فقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد بيع نصيبه ويمكن من بيعه لشريكه وتخليصه م ما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه وتخليص لشريكه من الضرر فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك إلى نفسه وهي في الشرع (استحقاق الشريك) في ملك الرقبة - ولو مكاتبا - (انتزاع شقص شريكه) المنتقل عنه إلى غيره | والشقص بكسر الشين النصيب (من) يد (من انتقل إليه بعوض مالي) كالمنتقل بالبيع الصريح أو بما في حكمه كصلح بمعنى بيع أو **هبة بشرط** الثواب (إن كان) المنتقل إليه (مثله)

١- (متفق عليه)

---

(١) شرح الزركشي، ٢/١٦٧

". (١)

"كلا يلبس الثوب الموهوب فلا يصح الشرط إذ مقتضى الملك التصرف المطلق فالحجر فيه مناف لمقتضاه (وتصح هي) أي : **الهبة المشروط** فيها ما ينافي مقتضاها مع فساد الشرط كالبيع بشرط أن لا يخسر | (ولا) تصح الهبة (مؤقته) كوهبتك شهرا أو سنة لأنه تعليق لانتهاء الهبة فلا تصح معه كالبيع (إلا في العمرى والرقبى) فيصحان وهما (نوعان من أنواع الهبة) يفتقران إلى ما تفتقر إليه سائر الهبات من الإيجاب والقبول والقبض ويصح توقيتهما سميت عمرى لتقييدها بالعمر وسميت رقبى لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه | قال أهل اللغة : يقال : أعمرته وعمرته مشددا إذا جعلت له الدار مدة عمره أو عمري وكانت الجاهلية تفعله فأبطل الشرع ذلك (ك) قوله : (أعمرتك أو أرقبتك هذه الدار أو) هذه (الفرس أو) هذه (الأمة) قال ابن القطاع : أرقبتك أعطيتك وهي هبة ترجع إلى المرقب إن مات المرقب وقد نهي عنه (ونصه) أي : الإمام (لا يطأ) الموهوب له الجارية المعمرة | نقل يعقوب وابن هانئ : من يعمر الجارية هل يطؤها ؟ قال : لا أراه (وحمل) القاضي النص المذكور (على الورع) لأن الوطء استباحة فرع ٣ (٣٩٧ وقد اختلف في صحة العمرى وجعلها بعضهم تمليك المنافع فلم ير الإمام وطأها لهذا قال ابن رجب في القاعدة الخامسة والثلاثين بعد المائة : وهو أي : ما ذكره القاضي بعيد ثم قال : والصواب تحريمه وحمله على أن الملك بالعمرى قاصر (و) إن قال : (جعلتها) أي : الدار أو الفرس أو الجارية (لك عمرك أو) جعلتها لك (حياتك أو) جعلتها لك (عمري أو) جعلتها لك (رقبى أو) جعلتها لك (ما بقيت) أو ما حييت أو ما عشت (أو أعطيتكها عمرك ونحوه) كما بقيت أو حياتك أو عمرى أو رقبى (فتصح) الهبة في جميع ما تقدم وهي أمثلة العمرى (وتكون) العين الموهوبة (لمعطى ولورثته بعده إن كانوا كتصريحه) بأن يقول المعمر : هي لك ولعقبك من بعدك (وإلا) يكن

". (٢)

" سواء كان المكتوب فيه ذلك لوحا أو قطعة حرير أو ورق أو غيره ولو طلقت (قال ذلك كله الشيخ) تقي الدين : لأن العادة أخذها لذلك . (وترد هدية) على زوج . (ويتجه) أن ما كان من هدية أهداها

---

(١) مطالب أولي النهى، ١٠٠/٤

(٢) مطالب أولي النهى، ٣٩٧/٤

الخاطب (بعد عقد) يرد بحصول فرقة (لأن ما) أهدي (قبله) أي : العقد (تقرر به) أي : بالعقد ، وهو متجه . (في كل فرقة اختيارية مسقطة للمهر) كفسخها لعيبه ونحوه وفي فرقة قهرية (كفسخ) من قبلها (لفقد كفاءة وعيب قبل دخول) لدلالة الحال أنه وهب بشرط بقاء العقد ، فإذا زال ملك الرجوع **كالهبة بشرط** الثواب ، قال في ' شرح الإقناع ' قياس ذلك لو وهبته هي شيئا قبل الدخول ثم طلق ونحوه (وتثبت) الهدية للزوجة (مع) فسخ للنكاح (مقرر له) أي الصداق كوطء وخلوة (أو) مقرر (لنصفه) كطلاق ونحوه ، فلا رجوع له في الهدية إذن ؛ لأن زوال العقد ليس من قبلها (ومن أخذ شيئا بسبب عقد) بيع ونحوه (كدلال) وكيال ووزان . (فقال ابن عقيل) في ' النظريات ' (إن فسخ) بيع (بنحو إقالة مما يقف على تراض) من المتعاقدين كشرط الخيار لهما ثم يفسخان البيع (لم يرده) أي المأخوذ ؛ للزوم البيع ، وإلا يقف الفسخ على تراضيهما (كفسخ لعيب يرده) أي : المأخوذ بسبب العقد ؛ لأن البيع وقع مترددا بين اللزوم وعدمه (وقياسه) أي : قياس البيع ونحوه (نكاح فسخ العقد لعدم كفاءة) الزوج (أو) ظهور

". (1)

"ولا تنافي لجواز كون الشيء واجبا لعينه ولغيره كما إذا حلف ليصلين ظهر هذا اليوم فجمعنا بينهما كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعارضة في **الهبة بشرط** العوض حيث اعتبرت الأحكام الثلاثة لجهة التبرع والبطلان بالشيوع وعدم جواز تصرف المأذون فيها واشتراط التقابض والثلاثة لجهة المعاوضة الرد بخيار العيب والرؤية واستحقاق الشفعة على ما سيأتي إن شاء الله تعالى

بقي أن يقال يلزم التنافي من جهة أخرى وهو أن الوجوب الذي يقتضيه اليمين وجوب يلزم بترك متعلقة الكفارة والوجوب الذي هو موجب النذر ليس يلزم بترك متعلقه ذلك وتنافي اللوازم أقل ما يقتضي التغاير فلا بد أن لا يرادا بلفظ واحد ونخبة ما قرر به كلام فخر الإسلام هنا أن تحريم المباح وهو معنى اليمين لازم لموجب صيغة النذر وهو إيجاب المباح فيثبت مدلولا التزاميا للصيغة من غير أن يراد هو بها ويستعمل فيه ولزوم الجمع بين الحقيقي والمجازي باللفظ الواحد إنما هو باستعمال اللفظ فيهما والاستعمال ليس بلازم في ثبوت المدلول الالتزامي وحينئذ فقد أزيد باللفظ الموجب فقط ويلازم الموجب الثابت دون

---

(1) مطالب أولي النهى، ٥/٢١٥

استعمال فيه اليمين فلا جمع في الإرادة باللفظ إلا أن هذا يتراءى مغلطة إذ معنى ثبوت الالتزامي غير مراد ليس إلا خطوره عند فهم ملزومه الذي هو مدلول اللفظ محكوما بنفي إرادته للمتكلم والحكم بذلك ينافيه إرادة اليمين به لأن إرادة اليمين التي هي إرادة تحريم المباح هي إرادة المدلول الالتزامي على وجه أخص منه حال كونه مدلولا التزاميا فإنه أريد على وجه تلزم الكفارة بخلفه وعدم إرادة الأعم تنافيه إرادة الأخص أعني تحريمه على ذلك الوجه فلم يخرج عن كونه أريد باللفظ معنى

نعم إنما يصح إذا فرض عدم قصد المتكلم عند التلفظ سوى النذر ثم بعد التلفظ عرض له إرادة ضم الآخر على فوره لكن الحكم وهو لزومهما لا يخص هذه الصورة فلذا والله أعلم عدل

صاحب البدائع عن هذه الطريقة فقال النذر مستفاد من الصيغة واليمين من الموجب قال فإن إيجاب المباح يمين كتحريمه الثابت بالنص يعني قوله تعالى ﴿ لم تحرم ما أحل الله لك ﴾ إلى أن قال ﴿ قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ﴾ لما حرم عليه الصلاة والسلام على نفسه مارية رضي الله عنها أو العسل فأفاد أنه إنما أريد باللفظ موجبه وهو إيجاب المباح وأريد بنفس إيجاب المباح الذي هو نفس الموجب كونه يمينا قال ومع الاختلاف فيما أريد به لا جمع يعني حيث أريد باللفظ إيجاب المباح من غير زيادة وبالإيجاب نفسه كونه يمينا لا جمع في الإرادة باللفظ بخلاف ما تقدم فإنه متى أريد الالتزامي ليراد به اليمين لزم الجمع في الإرادة باللفظ إذ ليس معنى الجمع إلا أنه أريد عند إطلاق اللفظ ثم لا يخال أنه قياس لتعدية الاسم للمتأمل

وفيه أيضا نظر لأن إرادة الإيجاب على أنه يمين إرادته على وجه وهو أن يستعقب الكفارة بالخلف وإرادته من اللفظ نذرا إرادته بعينه على أن لا يستعقبها بل القضاء وذلك تناف فيلزم إذا أريد يمينا وثبت حكمها شرعا وهو لزوم الكفارة بالخلف أنه لم يصح نذرا إذ لا أثر لذلك فيه

قوله ولو قال لله علي صوم هذه السنة سواء أراده أو أراد أن يقول صوم يوم فجرى على لسانه سنة وكذلك إذ أراد أن يقول كلاما فجرى

". (١)

---

(١) شرح فتح القدير، ٣٨٤/٢

"المساواة ثم كفالة كل الآخر إنما هي فيما هو من ضمان التجارة أما ويشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار إن شاء أخذ المشتري منه بدينه وإن شاء أخذ به شريكه وضمان التجارة كثمن المشتري في البيع الجائز وقيمته في الفاسد وأجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة ضمان غصب أو استهلاك عند أبي حنيفة أو وديعة إذا جحدها أو استهلكها وكذا العارية لأن تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد له تملك الأصل فتصير في معنى التجارة ولو لحق أحدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كأروش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص وعن هذا ليس له أن يحلف الشريك على العلم اذا أنكر الشريك الجاني بخلاف ما لو ادعى على أحدهما بيع خادم فأنكر فللمدعي أن يحلف المدعي عليه على البتات وشريكه على العلم لأن كل واحد لو أقر بما ادعاه المدعي يلزمهما بخلاف الجناية لو اقر أحدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستحلاف وصورة الخلع ما لو عقدت امرأة شركة مفاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت ببدل الخلع أو التزمه أحد الشريكين وهو أجنبي قوله ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يلزم صاحبه لأنه أي الكفيل متبرع ولهذا لا تصح الكفالة من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولهذا أيضا لو صدر أي عقد الكفالة من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالإقراض إذا أقرض أحدهما من مال التجارة لإنسان لا يلزم الشريك وإنما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لأن المريض لو أقر بكفالة سابقة على المرض لزمته في كل المال بالإجماع لأن الإقرار بها يلاقي حال بقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما سنذكره ذكره في الأسرار وكون الإقراض لا يلزم الشريك ولو أخذ به سفتجة هو قول محمد وظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقال بعضهم وقال ابو يوسف لا يجوز ونسبه الى الإيضاح وعبارة الإيضاح نقلها في النهاية وغيرها هكذا قال يضمن يعني المقرض لشريكه توى المال أو لم يتو وقياس قول أبي يوسف يضمن المقرض حصة شريكه قال وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة فعند أبي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك فكذا المقرض وعند أبي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقرض ولأبي حنيفة أنه أي عقد الكفالة عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء **كالهبة بشرط** العوض لأنه أي الكفيل المدلول عليه بالكفالة يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤديه عنه إذا كفل بأمره فيلزم شريكه بعد ما لزمه عليه فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة

". (1)

"ولأن ما بعد العقد زمن لفرض المهر فكان حالة الزيادة كحالة العقد بخلاف البيع والإجارة فيثبت للزيادة حكم المسمى ولا يغتفر إلى شروط الهبة (وتملك) الزيادة (به) أي بجعلها (من حينها) أي الزيادة لا من حين العقد لأن الملك لا يجوز تقدمه على سببه ولا وجوده في حال عدمه وإنما يثبت الملك عقب وجود سببه وهو الإعطاء (فما) زاده زوج (بعد عتق زوجة لها) دون سيدها وكذا لو بيعت ثم زيدت في صداقها فالزيادة لمشتر دون بائع (ولو قال) زوج وقد عقداه سرا بمهر وعلانية بمهر (وهو عقد) واحد (أسر ثم أظهر) بالبناء للمفعول أي فالواجب مهر واحد (وقالت) الزوجة هما (عقدان بينهما فرقة ف) القول (قولها) بيمينها لأن الظاهر أن الثاني عقد صحيح يفيد حكما كالأول ولها المهر في العقد الثاني أن دخل بها ونحوه ونصف المهر في العقد الأول إن ادعى سقوط نصفه بنحو طلاق قبل دخول وإن أصر على إنكاره سئلت فإن ادعت دخولا فيه ثم أنه طلقها طلاقا بائنا ثم نكحها نكاحا ثانيا حلفت على ذلك واستحقت وإن أقرت بما يسقط نصف المهر أو جميعه لزمها ما أقرت به ذكره في الشرح (وإن اتفقا قبل عقد على مهر) كمائة (وعقداه بأكثر) كمائتين (تحملا فالمهر ما عقد عليه) لأنها تسمية صحيحة في عقد صحيح اشبه ما لو لم يتقدمها اتفاق على خلافها وسواء كان السر من جنس العلانية أولا (ونص أحمد) في رواية أبن منصور (أنها تفي لزوجها بما وعدت به شرطته) استحبابا لئلا تكون غارة له ولحديث المؤمنون على شروطهم (وهدية زوج ليست من المهر) نصا (فما) أهداه زوج (قبل عقدان وعدوه) بأن يزوجوه (ولم يفوا) بأن يزوجوها غيره (رجع بها) قاله الشيخ تقي الدين فإن كان الاعراض منه أو ماتت فلا رجوع له (وما قبض بسبب نكاح) أي قبضه بعض أقاربها كالذي يسمونه مشكلة (ف) حكمه (كمهر فيما يقرر وينصفه ويسقطه ,وما كتب فيه المهر لها ولو طلقت) عملا بالعادة (وترد هدية) على زوج (في كل فرقة اختيارية مسقطة للمهر) كفسخ لعيب ونحوه وفي فرقة قهرية (كفسخ) من قبلها (لفقد كفاءة ونحوه قبل الدخول) لدلالة الحال على أنه وهب بشرط بقاء العقد فإذا زال ملك الرجوع **كالهبة بشرط** الثواب (وتثبت) الهدية (مع) امر مقرر له المهر

---

(1) شرح فتح القدير، ١٦٢/٦

". (١)

"يتعذر تسليمه شرعا (ولا) يصح (تعليقها) أي الهبة (على شرط مستقبل) كإذا جاء رأس الشهر أو قدم فلان فقد وهبتك كذا قياسا على البيع وقوله صلى الله عليه وسلم لأم سلمة في الحلة المهداة إلى النجاشي إن رجعت إلينا فهي لك قال الموفق على معنى العدة وخرج بالمستقبل الماضي والحال فلا يمنع التعليق عليه الصحة كإن كانت ملكي ونحوه فقد وهبتكها فتصح (غير الموت) فيصح تعليق العطية به وتكون وصية وكالهبة الإبراء فلا يصح تعليقه على شرط مستقبل غير الموت (نحو إن مت بفتح التاء فأنت في حل) فلا يبرأ (فإن ضم التاء صح) الإبراء عند وجود شرطه (وكان) الإبراء على الوجه المذكور (وصية) لأنه متبرع بما بعد الموت وهو حقيقة الوصية (ولا) يصح أيضا (شرط ما ينافي مقتضاها) أي الهبة (نحو) اشتراط الواهب على المتهب (أ) ن (لا يبيعها) أي العين الموهوبة (ولا يهبها) وأن لا ينتفع بها (أو) وهبه عينا و (يشرط أن يبيعها أو يهبها) فلا يصح الشرط إذ مقتضى الملك التصرف المطلق فالحجر فيه مناف لمقتضاه وقوله (أو) يهبه شيئا بشرط (أن يهب فلانا شيئا) تبع فيه المبدع وغيره

قلت والذي يظهر بطلان الهبة فيه لأنه من قبيل بيعتين في بيعة المنهي عنه (وتصح هي) أي **الهبة المشروط** فيها ما ينافي مقتضاها كالشروط الفاسدة في البيع (ولا يصح توقيتها) أي الهبة (كقوله وهبتك هذا سنة) أو شهرا فلا تصح لأنها تمليك عين فلا توقت كالبيع (إلا العمرى والرقبى) فيصحان (وهما نوعان من أنواع الهبة يفتقران إلى ما تفتقر إليه سائر الهبات) من الإيجاب والقبول والقبض ويصح توقيتها سميت عمرى لتقييدها بالعمر وسميت رقبى لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه قال أهل اللغة يقال أعمرته وعمرته مشددا إذا جعلت له الدار مدة عمره أو عمرك (كقوله أعمرتك هذه الدار أو) أعمرتك هذه (الفرس أو) أعمرتك هذه (الجارية أو أرقبتكها) قال القطاع أرقبتك أعطيتك وهي هبة ترجع إلى المرقب إن مات المرقب وقد نهي عنه (أو جعلتها) أي الدار أو الفرس أو الجارية (لك عمرك أو حياتك أو ما حييت أو ما عشت أو نحو هذا أو) جعلتها لك (عمرى أو) جعلتها لك (رقبى أو) جعلتها لك (ما بقيت أو أعطيتكها عمرك ويقبلها) الموهوب له (فتصح) الهبة في جميع ما تقدم وهي أمثلة العمرى (وتكون) العين الموهوبة (للمعمر بفتح الميم) وللمرقب بفتح القاف (ولورثته من بعده) إن كانوا (

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٣/٢٤

كتصريحه) بأن يقول هي لك ولعقبك من بعدك (فإن لم يكن له) أي الموهوب له (ورثة فلبيت المال)كسائر الأموال المختلفة لقوله

". (١)

"أي بتحملها ماءه (النسب) فإذا تحملت بمائه وأتت بولد لستة أشهر فأكثر لحقه نسبه لما يأتي

(وهدية زوج ليست من المهر نصا فما) أهداه الزوج من هدية (قبل العقد إن وعدوه بالعقد ولم يفوا رجع بها قاله الشيخ)

لأنه بذلها في نظير النكاح

ولم يسلم له وعلم منه أن امتناع هؤلاء رجوع له كالمجاعل إذ لم يف بالعمل

(وقال) الشيخ (فيما إن اتفقوا) أي الخاطب مع المرأة ووليها (على النكاح من غير عقد فأعطى) الخاطب (إياها لأجل ذلك شيئا) من غير الصداق (فماتت قبل العقد ليس له استرجاع ما أعطاهم انتهى)

لأن عدم التمام ليس من جهتهم وعلى قياس ذلك لو مات الخاطب لا رجوع لورثته

(وما قبض بسبب النكاح) كالذي يسمونه المأكلة (فكمهر) أي حكمه حكم المهر فيما يسقطه أو ينصفه أو يقرره ويكون ذلك لها

ولا يملك منه الولي شيئا إلا أن تهبه له بشرطه إلا الأب فله أن يأخذ بالشرط وبلا شرط من مالها ما شاء بشرطه وتقدم

(وما كتب فيه المهر لها ولو طلقت

قاله الشيخ)

لأن العادة أخذها له (ولو فسخ) النكاح (في فرقة قهرية) كالفسخ (لفقد كفاءة قبل الدخول رد إليه) أي الزوج (الكل) أي كل الصداق وما دفعه (ولو هدية نصا) حكاه الأثرم لدلالة الحال على أنه وهب بشرط بقاء العقد فإذا زال ملك الرجوع **كالهبة بشرط** الثواب

قلت قياس ذلك لو وهبته هي شيئا قبل الدخول ثم طلق ونحوه

---

(١) كشاف القناع، ٣٠٧/٤

(وكذا) يرد إليه الكل ولو هدية (في فرقة اختيارية مسقطة للمهر) لما تقدم (وتثبت الهدية) للزوجة (مع فسخ) للنكاح (مقرر له) أي الصداق (أو لنصفه) فلا رجوع له في الهدية إذن لأن زوال العقد ليس من قبلها

(وإن كانت العطية لغير العاقدين بسبب العقد كأجرة الدلال ونحوها) كأجرة الكيال والوزان

(قال ابن عقيل) في النظريات (إن فسخ بيع بإقالة ونحوها مما يقف على تراض) من العاقدين (لم يرده) أي لم يرد الدلال ما أخذه

(وإلا) أي وإن لم يقف الفسخ على تراضيهما كالفسخ لعيب ونحوه (رده) أي رد الدلال ما أخذه لأن المبيع وقع مترددا بين اللزوم وعدمه

(وقياسه) أي قياس المبيع (نكاح فسخ لفقد كفاءة) الزوج (أو عيب) في أحدهما (فيرده) أي خاطت ما أخذه و (لا) يرده إن انفسخ النكاح (لردة ورضاع ومخالعة) وذلك حكاية لكلامه بمعناه كما يدل عليه كلام الإنصاف

". (١)

" وسلم غرماء جابر ليضعوا عنه ، فيصح إن كان بغير لفظ صلح لأنه هضم للحق وبلا شرط مثل أن يقول له : على أن تعطيني فإن فعل ذاك لم يصح لأنه لا يصح **تعليق الهبة** والإبراء بشرط . ولا يصح الصلح بأنواعه ممن لا يصح تبرعه كمكاتب ومن مأذون له في تجارة وولي يتيم وناظر وقف ونحوهم إلا إن أنكر من عليه الحق ولا بينة لمدعيه ، لأن استيفاء البعض عن العجز عن استيفاء الكل أولى من الترك ، ويصح من ولى عما ادعى به على موليه وبه بينة فيدفع البعض ويقع الإبراء أو الهبة في الباقي لأنه مصلحة ، فإن لم يكن به بينة لم يصالح عنه وظاهره ولو علمه الولي . ولا يصح الصلح عن دين مؤجل ببعضه نصا إلا في كتابة إذا عجل المكاتب لسيده بعض كتابة عنها لأن الربا لا يجرى بينهما في ذلك . وإن وضع رب دين بعض دين حال وأجل باقيه صح الوضع لا التأجيل ، وإن قال له أقر لي بدين وأعطيك منه مائة فأقر صح الإقرار ولزم الدين ولم يلزمه أن يعطيه شيئا . والنوع الثاني من نوعي الصلح على الإقرار أن يصالح على غير

---

(١) كشاف القناع، ٥/١٥٣

جنسه الحق ، بأن أقر بعين أو دين ثم صالحه عنه بغير جنسه فهو معاوضة تصح بلفظ الصلح فإن كان بأثمان عن أثمان فهو صرف له حكمه لأن بيع أحد النقدين بالآخر فيشترط له القبض في المجلس . و إن كان بعرض عن نقد وعكسه بأن صالح بنقد عن عرض أو بعرض عن عرض فهو بيع تثبت فيه أحكام البيع .

". (١)

"فصل. والصلح لغة التوفيق والسلم بفتح السين وكسرها أي قطع المنازعة. وشرعا معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين. وهو جائز بالإجماع. وهو خمسة أنواع، بين المسلمين وأهل الحرب، وبين أهل عدل وبغي، وبين زوجين خيف شقاق بينهما أو خافت إعراضه، وبين متخاصمين في غير مال، والخامس ما أشار إليه بقوله في الأموال وهو المراد ههنا. ولا يقع في الغالب إلا عن انحطاط رتبة إلى ما دونها على سبيل المداراة لحصول بعض الغرض. وهو من أكبر العقود فائدة، ولذلك حسن فيه الكذب. وهو في الأموال قسمان: أحدهما يكون على الإقرار، وهو أي الصلح على الإقرار نوعان: أحدهما الصلح على جنس الحق المقر به مثل أن يقر جائز التصرف له بدين معلوم أو يقر له بعين بيده فيضع المقر العين المقر بها ويأخذ المقر له الباقي من الدين والعين فيصح ذلك ممن يصح تبرعه لأنه جائز التصرف لا يمنع من إسقاط بعض حقه أو هبته كما لا يمنع من استيفائه، وقد كلم النبي غرماء جابر ليضعوا عنه، فيصح إن كان بغير لفظ صلح لأنه هضم للحق وبلا شرط مثل أن يقول له: على أن تعطيني فإن فعل ذاك لم يصح لأنه لا يصح **تعليق الهبة** والإبراء بشرط. ولا يصح الصلح بأنواعه ممن لا يصح تبرعه كمكاتب ومن مأذون له في تجارة وولي يتيم وناظر وقف ونحوهم إلا إن أنكر من عليه الحق ولا بينة لمدعيه، لأن استيفاء البعض عن العجز عن استيفاء الكل أولى من الترك، ويصح من ولي عما ادعى به على موليه وبه بينة فيدفع البعض ويقع الإبراء أو الهبة في الباقي لأنه مصلحة، فإن لم يكن به بينة لم يصالح عنه وظاهره ولو علمه الولي. ولا يصح الصلح عن دين مؤجل ببعضه نصا إلا في كتابة إذا عجل المكاتب لسيده بعض كتابة عنها لأن الربا لا يجرى بينهما في ذلك. وإن وضع رب دين بعض دين حال وأجل باقيه صح الوضع لا التأجيل، وإن قال له أقر

(١) كشف المخدرات– دار البشائر، ٤٢٨/١

لي بدين وأعطيك منه مائة فأقر صح الإقر ار ولزم الدين ولم يلزمه أن يعطيه شيئا. والنوع الثاني من نوعي." (١)

" أحدهما فسخ من الأصل لا هبة من الموهوب له فلا يشترط قبضه ، وصح في المشاع وإن تلف الموهوب فاستحق فضمن الموهوب له لا يرجع على واهبه ، **والهبة بشرط** العوض هبة ابتداء فشرط القبض في العوضين ومنعها الشيوع في أحدهما بيع انتهاء ، فتثبت الشفعة وخيار العيب والشرط والرؤية في كل واحد منهما .

. " (٢)

"حيلة جواز تيمم من معه ماء زمزم ولا يخاف العطش أن يخلطه بما يغلبه أو يهبه على وجه يمنع الرجوع .s(قوله ولا يخاف العطش) إذ لو خافه لا يحتاج إلى حيلة لاشتغاله بحاجته الأصلية .والظاهر أن عطش غيره من أهل القافلة كعطشه وإن كان لا يسقيهم منه ، إذ لو اضطر أحدهم إليه وجب دفعه له فيما يظهر ، ولذا جاز له قتاله كما مر (قوله بما يغلبه) أي بشيء يخرجه عن كونه ماء مطلقا كماء ورد أو سكر مثلا (قوله أو يهبه) أي ممن يثق بأنه يرده عليه بعد ذلك فافهم (قوله على وجه يمنع الرجوع) كذا ذكره في شرح المنية ، لقول قاضي خان : إن قولهم الحيلة أن يهبه من غيره ويسلمه ليس بصحيح عندي ؛ لأنه إذا تمكن من الرجوع كيف يجوز له التيمم ؟ قال في شرح المنية : وهو الفقه بعينه ، والحيلة الصحيحة أن يخلطه إلخ .قلت : لكن يدفع هذا قوله : على وجه يمنع الرجوع ، أي بأن تكون **الهبة بشرط** العوض .وأيضا فـقد أجاب في الفتح بأن الرجوع في الهبة مكروه وهو مطلوب العدم شرعا ، فيجوز أن يعتبر الماء معدوما في حقه لذلك وإن قدر عليه .قال في الحلية ، وهو الحسن .أقول : على أن الرجوع في الهبة يتوقف على الرضا أو القضاء .لكن قد يقال : إنه ما وهبه إلا ليسترده والموهوب منه لا يمنعه إذا طلبه الواهب وذلك يمنع التيمم .والجواب : أنه يسترده بهبة أو شراء لا بالرجوع فلا يلزم المكروه ، والموهوب منه إذا علم بالحيلة يمتنع من دفعه للوضوء ، تأمل .." (٣)

---

(١) كشف المخدرات والرياض الزاهرات لشرح أخصر المختصرات، ١/٢٧٧

(٢) ملتقى الأبحر، ص/٥٠٥

(٣) رد المحتار، ٢/٢٥٥

"(قوله تحتمل اليمين) أي مصاحبة للنذر ومنفردة عنه ط (قوله بنذره) أي بالصيغة الدالة عليه ط (قوله فقط) أي من غير تعرض لليمين نفيا وإثباتا وهو المراد بقوله دون اليمين بخلاف المسألة التي بعدها فإنه تعرض لنفي اليمين ط (قوله عملا بالصيغة) أي في الوجه الأول وكذا في الثاني والثالث بالأولى لتأكيد النذر بالعزيمة مع ما في الثالث من زيادة نفي غيره (قوله عملا بتعيينه) لأن قوله : لله علي كذا يدل على الالتزام وهو صريح في النذر فيحمل عليه بلا نية وكذا معها بالأولى لكنه إذا نوى أن لا يكون نذرا كان يمينا من إطلاق اللازم وإرادة الملزوم لأنه يلزم من إيجاب ما ليس بواجب تحريم تركه وتحريم المباح يمين (قوله عملا بعموم المجاز) وهو الوجوب وهذا جواب عن قول الثاني أي أبي يوسف أنه يكون نذرا في الأول يمينا في الثاني لأن النذر في هذا اللفظ حقيقة واليمين مجاز ، حتى لا يتوقف الأول على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما ، ثم المجاز يتعين بنية وعند نيتهما تترجح الحقيقة .ولهما أنه لا تنافي بين الجهتين أي جهتي النذر واليمين لأنهما يقتضيان الوجوب إلا أن النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره أي لصيانة اسمه تعالى فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع ، والمعاوضة في الهبة بشرط العوض كذا في الهداية ، وتمام الكلام على هذا الدليل في الفتح وكتب الأصول .." [1]

"الثالث فهل يلحق بالإباء ؟ لم أره .وينبغي الرجوع لأن الظاهر أن علة القول الثالث أنه كالهبة المشروط بالعوض وهو التزوج كما يفيده ما في حاوي الزاهدي برمز البرهان صاحب المحيط : بعثت الصهرة إلى بيت الختن ثيابا لا رجوع لها بعده ولو قائمة ثم سئل ، فقال لها الرجوع لو قائما .قال الزاهدي : والتوفيق أن البعث الأول قبل الزفاف ثم حصل الزفاف فهو كالهبة بشرط العوض وقد حصل فلا ترجع ، والثاني بعد الزفاف فترجع ا هـ وكذا لم أر ما لو مات هو أو أبي فليراجع .[تتمة] لم يذكر ما لو أنفق على زوجته ثم تبين فساد النكاح ، بأن شهدوا بالرضاع وفرق بينهما .ففي الذخيرة له الرجوع بما أنفق بفرض القاضي لأنه تبين أنها أخذت بغير حق ، ولو أنفق بلا فرض لا يرجع بشيء (قوله بشرط أن يتزوجها) الأولى أن يقول بطمع أن يتزوجها كما عبر في البحر (قوله مطلقا) تفسير الإطلاق في الموضعين كما دل عليه كلام المصنف في شرحه شرط التزوج أو لم يشرطه ، ولذا قلنا الأولى أن يقول بطمع أن يتزوجها ليتأتى الإطلاق المذكور ، وهذا القول هو الثالث قد اعتمده المصنف في متنه وشرحه .وقال في الفيض : وبه يفتى (قوله وإن أكلت معه فلا) أي أنه إباحة لا تمليك ، أو لأنه مجهول لا يعلم قدره تأمل ، ولينظر

---

(١) رد المحتار، ٨/٣٣

وجه عدم الرجوع في الهدية الهالكة أو المستهلكة على ما قلناه من عدم الفرق بين المخطوبة والمعتدة (قوله بحر عن العمادية) صوابه منح عن العمادية ، فإن ما في المتن." [1]

"(قوله يليق به) الضمير في عبارة البحر عن المبتغى عائد إلى ما بعثه الزوج إلى الأب من الدراهم والدنانير ، ثم قال : والمعتبر ما يتخذ للزوج لا ما يتخذ لها .ا هـ .قلت : وهذا المبعوث يسمى في عرف الأعاجم بالدستمان كما يأتي (قوله إلا إذا سكت طويلا) قال الشارح في كتاب الوقف ولو سكت بعد الزفاف زمانا يعرف بذلك رضاه لم يكن له أن يخاصم بعد ذلك وإن لم يتخذ له شيء .ا هـ .ح وأشار بقوله يعرف إلى أن المعتبر في الطول والقصر العرف (قوله لكن في النهر إلخ) ومثله في جامع الفصولين ولسان الحكام عن فتاوى ظهير الدين المرغيناني ، وبه أفتى في الحامدية .قلت وفي البزازية ما يفيد التوفيق حيث قال : تزوجها وأعطاها ثلاثة آلاف دينار الدستمان وهي بنت موسر ولم يعط لها الأب جهازا أفتى الإمام جمال الدين وصاحب المحيط بأن له مطالبة الجهاز من الأب على قدر العرف والعادة أو طلب الدستيمان .قال : وهذا اختيار الأئمة .وقال الإمام المرغيناني : الصحيح أنه لا يرجع بشيء لأن المال في النكاح غير مقصود .وكان بعض أئمة خوارزم يعترض بأن الدستيمان هو المهر المعجل كما ذكره في الكافي وغيره ، فهو مقابل بنفس المرأة ، حتى ملكت حبس نفسها لاستيفائه فكيف يملك الزوج طلب الجهاز والشيء لا يقابله عوضان .وأجاب عنه الفقيه ناقلا عن الأستاذ أن الدستيمان إذا أدرج في العقد فهو المعجل الذي ذكرته ، وإن لم يدرج فيه ولم يعقد عليه فهو **كالهبة بشرط** العوض وذلك ما قلناه ، إن لم يذكره." [2]

"مطلب فيما لو زفت إليه بلا جهاز (قوله بلا جهاز يليق به) الضمير في عبارة البحر عن المبتغى عائد إلى ما بعثه الزوج إلى الأب من الدراهم والدنانير ؛ ثم قال : والمعتبر ما يتخذ للزوج لا ما يتخذ لها .ا هـ وقدمنا في باب المهر أن هذا المبعوث إلى الأب يسمى في عرف الأعاجم بالدستيمان وأنه في الكافي وغيره فسره بالمهر المعجل ، وأن غيره فصل ، وقال : إن أدرج في العقد فهو المهر المعجل حتى ملكت المرأة منع نفسها لاستيفائه فلا يملك الزوج طلب الجهاز ؛ لأن الشيء لا يقابله عوضان وإن لم يدرج فيه ولم يعقد عليه فهو **كالهبة بشرط** العوض ، فله طلب الجهاز على قدر العرف والعادة أو طلب الدستيمان ، وبذلك يحصل التوفيق بين القولين (قوله فله مطالبة الأب بالنقد) أي المنقود ، وهو ما بعثه إلى الأب

---

(١) رد المحتار، ١٦٣/١٠

(٢) رد المحتار، ١٧٤/١٠

لا على كونه من المهر ، بل على كونه بمقابلة ما يتخذ للزوج في الجهاز لما علمت من أنه **هبة بشرط** العوض فله الرجوع بها عند عدم المعوض فافهم (قوله إلا إذا سكت) أي زمانا يعرف به رضاه (قوله وعليه) أي يبتني على ما ذكر من أن له المطالبة به ؛ لأنه يصير ملكه حين تسلمه بعد الزفاف (قوله فينبغي العمل بما مر) أي من أنه لا يحرم الانتفاع به بلا إذنها .وأما ما ذكره صاحب النهر هناك عن البزازية من أن الصحيح أنه لا يرجع على الأب بشيء ؛ لأن المال في النكاح غير مقصود .ا هـ فهو مبني على أن ذلك المعجل أدرك في العقد بدليل التعليل بأن المال وهو الجهاز غير مقصود." (١)

"قبل الموهوب له أو لا قبض أو لم يقبض لأنه لم يلزم نفسه إلا بما يملكه ، ولا يملك أكثر من ذلك ، وفي المحيط : حلف لا يهب عبده هذا لفلان ثم وهبه له على عوض حنث لأنه هبة صيغة ولفظا .ا هـ .نهر .وفي التتارخانية إن وهب لي فلان عبده فامرأته طالق فوهب ولم يقبل الحالف حنث الحالف (قوله أو بعوض) يعني إذا وهب بنفسه لا بوكيله أيضا لما قدمه من أنه لا يحنث بفعل وكيله في **الهبة بشرط** العوض وسبب وهم الشارح قول البحر **فالهبة بشرط** العوض داخلة تحت يمين لا يهب نظرا إلى أنها هبة ابتداء ، فيحنث وداخلة تحت يمين لا يبيع نظرا إلى أنها بيع انتهاء فيحنث ا هـ وأنت خبير بأن كلامه فيما إذا فعل بنفسه وإلا لما صح قوله يحنث في الموضعين أفاده ح أي لأنه في البيع لا يحنث بفعل وكيله (قوله والصدقة) هي كالهبة فيما مر قال ابن وهبان وكذا ينبغي أن يحنث في حلفه أن لا يقبل صدقة فوكل بقبضها بقي لو حلف لا يتصدق فوهب لفقير أو لا يهب فتصدق على غني قال ابن وهبان ينبغي الحنث في الأول لأن العبرة للمعاني لا في الثاني لأنه لا يثبت له الرجوع استحسانا إذ قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب ويحتمل العكس فيهما اعتبارا باللفظ ا هـ ملخصا وأيد ابن الشحنة الاحتمال الأخير بما في التتارخانية عن الظهيرية ولا يحنث بالصدقة في يمين الهبة .ا هـ .قلت : لكن هذا ليس نصا فيما نحن فيه لاحتمال أن المراد الهبة لغني تأمل هذا ونقل في النهر كلام ابن وهبان باختصار مخل (."(٢)

"قربة في اعتقاد الواقف يدخل فيه وقف الذمي على بيعة مع أنه لا يصح فتعين أن هذا شرط في وقف المسلم فقط ، بخلاف الذمي لما في البحر وغيره أن شرط وقف الذمي أن يكون قربة عندنا وعندهم كالوقف على الفقراء أو على مسجد القدس ، بخلاف الوقف على بيعة فإنه قربة عندهم فقط أو على حج

---

(١) رد المحتار، ١١٦/١٣

(٢) رد المحتار، ٣٦٧/١٤

أو عمرة فإنه قربة عندنا فقط فأفاد أن هذا شرط لوقف الذمي فقط ؛ لأن وقف المسلم لا يشترط كونه قربة عندهم بل عندنا كوقفنا على حج وعمرة بخلافه على بيعة فإنه غير قربة عندنا بل عندهم (قوله : معلوما) حتى لو وقف شيئا من أرضه ولم يسمه لا يصح ولو بين بعد ذلك ، وكذا لو قال وقفت هذه الأرض أو هذه ، نعم لو وقف جميع حصته من هذه الأرض ولم يسم السهام جاز استحسانا ، ولو قال : وهو ثلث جميع الدار فإذا هو التي كان الكل وقفا كما في الخانية نهر أي كل النصف وفي البحر عن المحيط : وقف أرضا فيه أشجار واستثناها لا يصح لأنه صار مستثنيا الأشجار بمواضعها فيصير الداخل تحت الوقف مجهولا .(قوله : منجزا) مقابله المعلق والمضاف (قوله : لا معلقا) كقوله : إذا جاء غد أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا كلمت فلانا فأرضي هذه صدقة موقوفة أو إن شئت أو أحببت يكون الوقف : باطلا لأن الوقف لا يحتمل التعليق بالخطر لكونه مما لا يحلف به كما لا يصح **تعليق الهبة** بخلاف النذر لأنه يحتمله ويحلف به ، فلو قال إن كلمت فلانا إذا قدم أو إن برئت من مرضي هذا فأرضي صدقة موقوفة يلزمه." (١)

"بسم الله الرحمن الرحيم كتاب البيوع لما فرغ من حقوق الله تعالى العبادات والعقوبات شرع في حقوق العباد المعاملات .ومناسبته للوقف إزالة الملك لكن لا إلى مالك وهنا إليه فكانا كبسيط ومركب وجمع لكونه باعتبار كل من البيع والمبيع والثمن أنواعا أربعة : نافذ موقوف فاسد باطل ، ومقايضة صرف سلم مطلق مرابحة تولية ، وضيعة مساومة .(هو) لغة : مقابلة شيء بشيء مالا أو لا بدليل ﴿ وشروه بثمن بخس ﴾ وهو من الأضداد ، ويستعمل متعديا وبمن للتأكيد وباللام ، يقال : بعتك الشيء وبعت لك فهي زائدة قاله ابن القطاع ، وباع عليه القاضي : أي بلا رضاه .وشرعا : (مبادلة شيء مرغوب فيه بمثله) خرج غير المرغوب كتراب وميتة ودم على وجه) مفيد .(مخصوص) أي بإيجاب أو تعاط ، فخرج التبرع من الجانبين **والهبة بشرط** العوض ، وخرج بمفيد ما لا يفيد ، فلا يصح بيع درهم بدرهم استويا وزنا وصفة ، ولا مقايضة أحد الشريكين حصة داره بحصة الآخر صيرفية ولا إجارة السكنى بالسكنى أشباه." (٢)

"في البحر عن المحيط من أنه غير مال فالظاهر أنه أراد بالمال المتقوم توفيقا بين كلامهم ، وحينئذ فيرد على تعريف المصنف كالكنز فافهم .ويرد على تعريف المصنف فقط الإجارة والنكاح .قال : ط : فإن

---

(١) رد المحتار، ١٧٦/١٧

(٢) رد المحتار، ١٨٥/١٨

فيهما مبادلة مال مرغوب فيه بمرغوب فيه ، ولا يخرجان بقوله على وجه مخصوص ؛ لأن المراد به الإيجاب والقبول والتعاطي .ا هـ .إلا أن يجاب بأن المراد بالمرغوب فيه المال كما قررناه أولا ، والمنفعة غير المال كما مر ، أو يقال : إن المبادلة هي التمليك كما في النهر عن الدراية : أي التمليك المطلق والمنفعة في الإجارة والنكاح مملوكة ملكا مقيدا فافهم .(قوله : على وجه مفيد) هذا التقييد غير مفيد ، إذ غايته أنه أخرج ما لا يفيد كبيع درهم بدرهم اتحد وزنا وصفة وهو فاسد ، وقد علمت شمول التعريف لجميع أنواع الفاسد ، فلا فائدة في إخراج نوع منه كما قلناه في بيع المكره ، نعم لو كان بيع الدرهم بالدرهم باطلا فهو تقييد مفيد ، لكن بطلانه بعيد لوجود المبادلة بالمال فتأمل .(قوله : أي بإيجاب أو تعاط) بيان للوجه المخصوص ، وأراد الإيجاب ما يكون بالقول بدليل المقابلة فيشمل القبول ، وإلا لم يخرج التبرع من الجانبين على ما قاله ط فتأمل .(قوله : فخرج التبرع من الجانبين إلخ) قال : المصنف في المنح : ولما كان هذا يشمل مبادلة رجلين بمالهما بطريق التبرع أو **الهبة بشرط** العوض فإنه ليس ببيع ابتداء وإن كان في حكمه بقاء ، أراد إخراج ذلك فقال : على وجه مخصوص .ا هـ .قلت :." [1]

"فهو مكروه ؛ لأنه اشترى خبزا غير مشار إليه ، فكان المبيع مجهولا ولو أعطاه الدراهم ، وجعل يأخذ منه كل يوم خمسة أمنان ولم يقل في الابتداء اشتريت منك يجوز وهذا حلال وإن كان نيته وقت الدفع الشراء ؛ لأنه بمجرد النية لا ينعقد البيع ، وإنما ينعقد البيع الآن بالتعاطي والآن المبيع معلوم فينعقد البيع صحيحا .ا هـ .قلت : ووجهه أن ثمن الخبز معلوم فإذا انعقد بيعا بالتعاطي وقت الأخذ مع دفع الثمن قبله ، فكذا إذا تأخر دفع الثمن بالأولى ، وهذا ظاهر فيما كان ثمنه معلوما وقت الأخذ مثل الخبز واللحم أما إذا كان ثمنه مجهولا فإنه وقت الأخذ لا ينعقد بيعا بالتعاطي لجهالة الثمن ، فإذا تصرف فيه الآخذ وقد دفعه البياع برضاه بالدفع وبالتصرف فيه على وجه التعويض عنه لم ينعقد بيعا ، وإن كان على نية البيع لما علمت من أن البيع لا ينعقد بالنية ، فيكون شبيه القرض المضمون بمثله أو بقيمته فإذا توافقا على شيء بدل المثل أو القيمة برئت ذمة الآخذ ، لكن يبقى الإشكال في جواز التصرف فيه إذا كان قيميا فإن قرض القيمي لا يصح فيكون تصحيحه هنا استحسانا كقرض الخبز والخميرة ويمكن تخريجه على **الهبة بشرط** العوض ، أو على المقبوض على سوم الشراء .ثم رأيته في الأشباه في القول في ثمن المثل حيث

---

(١) رد المحتار، ١٩٤/١٨

قال : ومنها لو أخذ من الأرز والعدس وما أشبهه ، وقد كان دفع إليه دينارا مثلا لينفق عليه ثم اختصما بعد ذلك في قيمته هل تعتبر قيمته يوم الأخذ أو يوم الخصومة .قال :." (١)

"(قوله وبقي من الشروط) إنما غاير التعبير ، لأن هذه الشروط الآتية ليست مما يشترط ذكرها في العقد بل وجودها ط (قوله قبض رأس المال) فلو انتقض القبض بطل السلم كما لو كان عينا فوجده معيبا أو مستحقا ولم يرض بالعيب أو لم يجز المستحق أو دينا فاستحق ولم يجزه واستبدل بعد المجلس ، فلو قبله صح أو وجده زيوفا أو نبهرجة وردها بعد الافتراق ، سواء استبدلها في مجلس الرد أو لا ، فلو قبله واستبدلها في المجلس أو رضي بها ولو بعد الافتراق صح والكثير كالكل وفي تجديده روايتان ما زاد على الثلث أو ما زاد على النصف ، وإن وجده ستوقة أو رصاصا فإن استبدلها في المجلس صح وإن بعد الافتراق بطل وإن رضي بها لأنها غير جنس حقه بحر ملخصا (قوله ولو عينا) هو جواب الاستحسان وفي الواقعات باع عبدا بثوب موصوف إلى أجل جاز لوجود شرط السلم فلو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل ، لأنه صير سلما في حق الثوب بيعا في حق العبد ، ويجوز أن يعتبر في عقد واحد حكم عقدين كالهبة بشرط العوض وكما في قول المولي إن أديت إلي ألفا فأنت حر ا هـ نهر .قلت : والظاهر أن هذا مفرع على جواب القياس تأمل (قوله وصحت الكفالة والحوالة إلخ) أي فله مطالبة الكفيل والمحتال عليه فإن قبض المسلم إليه رأس المال من المحتال عليه أو الكفيل أو رب السلم في مجلس العاقدين صح وبعده بطل السلم والحوالة والكفالة ، وفي الرهن إن هلك الرهن في المجلس فلو قيمته مثل رأس المال أو أكثر صح." (٢)

"فاسد وفي جامع الفصولين : ويصح تعليق الهبة بشرط ملائم كوهبتك على أن تعوضني كذا ، ولو مخالفا تصح الهبة لا الشرط ا هـ .وفي حاشيته للخير الرملي .أقول يؤخذ منه جواب واقعة الفتوى : وهب لزوجته بقرة على أنه إن جاءه أولاد منها تهب البقرة لهم وهو صحة الهبة وبطلان الشرط ا هـ وسيذكر الشارح أن الهبة يصح تعليقها بالشرط ، ويأتي الكلام عليه (قوله والنكاح) كتزوجتك على أن لا يكون لك مهر فيصح النكاح ويبطل الشرط ويجب مهر المثل ، ومن هذا القبيل ما في الخانية تزوجتك على أني بالخيار يجوز النكاح ولا يصح الخيار لأنه ما علق النكاح بالشرط بل باشر النكاح وشرط الخيار ا هـ وليس منه إن

---

(١) رد المحتار، ٢٤١/١٨

(٢) رد المحتار، ٢٥٧/٢٠

أجاز أبي أو رضي لأنه تعليق والنكاح لا يحتمله فلا يصح كما في الخانية وكلام النهر هنا غير محرر فتدبر .وفي الظهيرية : لو كان الأب حاضرا فقبل في المجلس جاز .قال في النهر وهو مشكل .والحق ما في الخانية ا هـ .قلت : ما في الظهيرية ذكره في الخانية أيضا عن أمالي أبي يوسف وقال إنه استحسان (قوله والطلاق) كطلقتك على أن لا تتزوجي غيري بحر .والظاهر أنه إذا قال إن لم تتزوجي غيري فكذلك ، ويأتي بيانه قريبا (قوله والخلع) كخالعتك على أن لي الخيار مدة يراها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال .وأما اشتراط الخيار لها فصحيح عند الإمام كما مضى بحر (قوله والعتق) بأن قال أعتقتك على أني بالخيار بحر ، وقدمنا آنفا لو أعتق أمة على أن لا تتزوج عتقت تزوجت أو لا (قوله." [1]

"المصنف كما سمعته آنفا ليس فيه تعرض لدخول الكفر في هذا القسم بل فيه ما ينافيه وهو أنه يصير كافرا بمجرد النية لأنه ترك : أي ترك العمل والتصديق فيتحقق في الحال قبل وجود المعلق عليه ، ولو صح تعليقه لما وجد في الحال فافهم (قوله ويصح تعليقه هبة) في البزازية من البيوع **تعليق الهبة** ب " أن " باطل ، وب " على " : إن ملائما كهبته على أن يعوضه يجوز ؛ وإن مخالفا بطل الشرط وصحت الهبة ا هـ بحر .وهذا مخالف ما ذكره الشارح ، لأن كلامه في صحة التعليق بأداة الشرط لا في التقييد بالشرط ، لأن هذا تقدم في المتن حيث ذكر الهبة فيما لا يبطل بالشرط الفاسد فافهم ، لكن في البحر أيضا عن المناقب عن الناصحي : لو قال إن اشتريت جارية فقد ملكتها منك يصح ، ومعناه إذا قبضه بناء على ذلك ا هـ أي إذا قبض الموهوب له الموهوب بناء على التمليك يصح مع أنه معلق بإن ، وهو خلاف ما في البزازية مع إطلاق بطلانه ، ولعله قول آخر يجعل التعليق بالملائم صحيحا كالتقييد تأمل (قوله وحوالة وكفالة) في البزازية من البيوع ، وتعليق الكفالة إن متعارفا كقدوم المطلوب يصح ، وإن شرطا محضا كإن دخل الدار أو هبت الريح لا والكفالة إلى هبوب الريح جائزة والشرط باطل ، ونص النسفي أن الشرط إن لم يتعارف تصح الكفالة ويبطل الشرط والحوالة كهي ا هـ بحر (قوله وإبراء عنها) كإن وافيت به غدا فأنت بريء كما قدمناه في مسألة الإبراء عن الدين (قوله بملائم) قيد للأربعة .[تتمة] بقي مما." [2]

"الخلاصة كما في البزازية : والحاصل أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شيء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة على المفتى به ، وينبغي أن لا يملك الإبراء والحط عن المديون ؛ لأنهما من قبيل

---

(١) رد المحتار، ٣٨٦/٢٠

(٢) رد المحتار، ٣٩٩/٢٠

التبرع فدخلا تحت قول البزازي أنه لا يملك التبرع ، وظاهر أنه يملك التصرف في مرة بعد أخرى وهل له الإقراض **والهبة بشرط** العوض فإنهما بالنظر إلى الابتداء تبرع ، فإن القرض عارية ابتداء ، معاوضة انتهاء **والهبة بشرط** العوض هبة ابتداء معاوضة انتهاء ، وينبغي أن لا يملكهما الوكيل بالتوكيل العام ؛ لأنه لا يملكهما إلا من يملك التبرعات ، ولذا لا يجوز إقراض الوصي مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وإن كانت معاوضة في الانتهاء ، وظاهر العموم أنه يملك قبض الدين واقتضاءه وإيفاءه والدعوى بحقوق الموكل وسماع الدعوى بحقوق على الموكل والأقارير على الموكل بالديون ، ولا يختص بمجلس القاضي ؛ لأن ذلك في الوكيل بالخصومة لا في العام .فإن قلت : لو وكله بصيغة وكلتك وكالة مطلقة عامة فهل يتناول الطلاق والعتاق والتبرعات ؟ قلت : لم أره صريحا والظاهر أنه لا يملكها على المفتى به ؛ لأن من الألفاظ ما صرح قاضي خان وغيره بأنه توكيل عام ومع ذلك قالوا بعدمه ا هـ ما ذكره ابن نجيم في رسالته ملخصا ، وقد ساقها الفتال في حاشيته برمتها (قوله وفي الشرنبلالية) عبارتها نقلا عن الخانية : وفي فتاوى الفقيه أبي جعفر رجل قال لغيره : وكلتك في جميع أموري وأقمتك مقام." (١)

"كتاب الهبة وجه المناسبة ظاهر (هي) لغة : التفضل على الغير ولو غير مال .وشرعا : (تمليك العين مجانا) أي بلا عوض لا أن عدم العوض شرط فيهs كتاب الهبة .(قوله وجه المناسبة ظاهر) لأن ما قبلها تمليك المنفعة بلا عوض وهي تمليك العين كذلك (قوله مجانا) زاد ابن الكمال للحال لإخراج الوصية (قوله : بلا عوض) أي بلا شرط عوض فهو على حذف مضاف ، لكن هذا يظهر لو قال : بلا عوض كما في الكنز ، لأن معنى مجانا عدم العوض لا عدم اشتراطه ، على أنه اعترضه الحموي كما في أبي السعود بأن قوله : بلا عوض نص في اشتراط عدم العوض ، **والهبة بشرط** العوض نقيضه فكيف يجتمعان ا هـ أي فلا يتم المراد بما ارتكبه ، وهو شمول التعريف **للهبة بشرط** العوض ؛ لأنه يلزم خروجها عن التعريف حينئذ كما نبه عليه في العزمية أيضا .قلت : والتحقيق أنه إن جعلت الباء للملابسة متعلقة بمحذوف حالا من " تمليك " لزم ما ذكر أما لو جعل المحذوف خبرا بعد خبر أي : هي كائنة بلا شرط عوض على معنى أن العوض فيها غير شرط بخلاف البيع والإجارة فلا يرد ما ذكر فتدبر (قوله : شرط فيه) وإلا لما شمل **الهبة بشرط** العوض ح .." (٢)

---

(١) رد المحتار، ٢٢/٢٩٦

(٢) رد المحتار، ٢٤/٦

"(تلفت) العين (الموهوبة واستحقها مستحق وضمن) المستحق (الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لأنها عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة (والإعارة كالهبة) هنا لأن قبض المستعير كان لنفسه ، ولا غرور لعدم العقد ، وتمامه في العمادية (وإذا وقعت **الهبة بشرط** العوض المعين فهي هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين)s(قوله وضمن) بتشديد الميم والمستحق فاعله ، " والموهوب " مفعوله (قوله التقابض) أي في المجلس وبعده بالإذن سائحاني (قوله في العوضين) فإن لم يوجد التقابض فلكل واحد منهما أن يرجع وكذا لو قبض أحدهما فقط ، فلكل الرجوع ، القابض وغيره سواء غاية البيان .." [١]

"فصل في مسائل متفرقة .(قوله إلا حملها) اعلم أن استثناء الحمل ينقسم ثلاثة أقسام : في قسم يجوز التصرف ويبطل الاستثناء كالهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد ، وفي قسم لا يجوز أصل التصرف كالبيع والإجارة والرهن ؛ لأن هذه العقود تبطل بالشروط وكذا باستثناء الحمل ، وفي قسم يجوز التصرف والاستثناء جميعا كالوصية ؛ لأن أفراد الحمل بالوصية جائز فكذا استثناؤه يعقوبية (قوله : شيئا منها) أي شيئا مجهولا ح (قوله : لأنه بعض) وقد مر متنا أنه يشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب (قوله : أو مجهول) الأول : راجع إلى صورة هبة الدار ، والثاني : إلى قوله أو على أن يعوض ، ولا يشمل الثلاث التي بعد الأولى .فالأولى تعليل الهداية بأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد ، فكانت فاسدة ، والهبة لا تبطل بها إلا أن يقال : قوله : والهبة لا تبطل بالشروط من تتمة التعليل (قوله : ولا تنس إلخ) نبه عليه إشارة إلى دفع ما قاله الزيلعي تبعا للنهاية من أن قوله أو على أن يعوض إلخ .فيه إشكال ، لأنه إن أراد به **الهبة بشرط** العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط ، وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض ؛ لأنه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئا منها ، وحاصل الدفع أن المراد الأول ، وإنما بطل الشرط لجهالة العوض ، كذا أفاده في البحر .ثم رأيت صدر الشريعة صرح به فقال : مرادهم ما إذا كان العوض مجهولا ، وإنما يصح العوض إذا." [٢]

"(قوله من دلنا إلخ) هذه مسألة السير الكبير ، وقد علمت أنه يجب فيها المسمى لتعين الموضع والقابل للعقد بالحضور وإن كان لفظ من عاما ، وقوله ؛ لأن الأجر يتعين أي يلزم ويجب (قوله إجارة هبة

---

(١) رد المحتار، ٨١/٢٤

(٢) رد المحتار، ٨٤/٢٤

إلخ) قال في الولوالجية : ولو قال : داري لك هبة إجارة كل شهر بدرهم أو إجارة هبة فهي إجارة ، أما الأول فلأنه ذكر في آخر كلامه ما يغير أوله وأوله يحتمل التغيير بذكر العوض ، وأما الثاني فلأن المذكور أولا معاوضة فلا تحتمل التغيير إلى التبرع ، ولذا لو قال : آجرتك بغير شيء لا تكون إعارة وتنعقد الإجارة بلفظ العارية ا هـ ملخصا .(قوله غير لازمة إلخ) قال الأتقاني : ولم يذكر في المبسوط أنها لازمة أو لا وحكى عن أبي بكر بن حامد قال : دخلت على الخصاف واستفدنا منه فوائد إحداها هذه وهو أنها لا تلزم فلكل الرجوع قبل القبض وبعده ، لكن إذا سكن يجب الأجر ؛ لأنه أمكن العمل باللفظين فيعمل بهما بقدر الإمكان **كالهبة بشرط** العوض ا هـ ملخصا ، وظاهره أنه يجب الأجر المسمى .وفي البيري عن الذخيرة التصريح بوجوب أجر المثل .(قوله وفي لزوم الإجارة المضافة تصحيحان) عبر باللزوم ؛ لأنه لا كلام في الصحة فلا ينافي ما قدمه الشارح قريبا من صحتها بالإجماع فافهم .(قوله بأن عليه الفتوى) لما في الخانية : لو كانت مضافة إلى الغد ثم باع من غيره قال في المنتقى فيه روايتان ، والفتوى على أنه يجوز البيع وتبطل الإجارة المضافة وهو اختيار الحلواني ا هـ .وقدمنا." (١)

"يجوز له إبطالها منفردا من غير مقتض شرعا ط (قوله بخلاف ما قبل القضاء) قدم المصنف أنها تملك بالأخذ بالتراضي وبقضاء القاضي ، فالقضاء هنا غير قيد تأمل (قوله وقت انقطاع حق البائع) كأن تصرف فيها المشتري ببناء ونحوه كما يأتي (قوله وفي هبة بعوض مشروط) أي في العقد .وصورته أن يقول : وهبت هذا لك على أن تعوضني كذا ، وأجمعوا أنه لو قال وهبت هذا لك بكذا أنه بيع أتقاني .وفي الخانية : فلو كانت بغير شرط العوض ثم عوضه بعدها فلا شفعة (قوله ولا شيوع فيهما) أي في الهبة والعوض بأن كان العوض عقارا أيضا قال ط : أما إذا كانت في شائع ، فإن كانت مما يقسم فهي فاسدة وإلا فهي صحيحة وتجري فيها الشفعة وهذا قياس ما تقدم في الهبة ا هـ ، وفي غاية البيان : قال أصحابنا : إذا وهب نصف دار بعوض فلا شفعة فيه ، لأن هبة المشاع فيما يقسم لا تجوز ا هـ (قوله وقت التقابض) أي من الجانبين ، فـرو قبض أحد العوضين فلا شفعة أتقاني ، ولو سلمها قبل قبض الآخر فهو باطل كما سيذكره الشارح عن المبسوط ، ومثله في الجوهرة عن المستصفى .قال في النهاية : ولا بد من القبض عندنا خلافا لزفر فلا شفعة ما لم يتقابضا .وعلى قوله تجب قبل التقابض بناء على أن **الهبة بشرط** العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء وعندنا بر ابتداء وبمنزلة البيع إذا اتصل به القبض من الجانبين كذا في المبسوط ا هـ

---

(١) رد المحتار، ٤٤٩/٢٤

.وفي القهستاني عن المحيط : يعتبر الطلب عند التقابض في ظاهر الرواية ، فقول السائحاني عن المقدسي .: " (١)

"شرى أرضا بمائة فرفع ترابها وباعه بمائة ثم أخذها الشفيع بالشفعة أخذها بخمسين .لأن ثمنها يقسم على قيمة الأرض يوم الشراء قبل رفع التراب وعلى قيمة التراب الذي باعه وهما سواء ، ولو كبسها كما كانت .فالجواب لا يتفاوت ويقال للمشتري ارفع ما كبست فيها فهو ملكك حاوي الزاهدي .وفيه شرى دارا إلى الحصاد فليس للشفيع أن يعجل الثمن ويأخذها بالشفعة لأنه ملكها ببيع فاسد ا هـ .قلت : وسيجيء أنه لا شفعة فيما بيع فاسدا ولو بعد القبض لاحتمال الفسخ ، نعم إذا سقط الفسخ ببناء ونحوه وجبت .وفي المبسوط : **الهبة بشرط** العوض إنما تثبت الملك للموهوب له إذا قبض الكل ، فلو وهب دارا على عوض ألف درهم فقبض أحد العوضين دون الآخر ثم سلم الشفيع الشفعة فهو باطل حتى إذا قبض العوض الآخر كان له أن يأخذ الدار الشفعة .s." (٢)

" لأنه نذر بصيغته وقد قرره بعزيمته في الأولين وأما في الأخيرة فاللفظ موضوع فلا يحتاج إلى النية

وإن نوى اليمين وأن لا يكون نذرا كان يمينا فحسب لأن اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره فيجب بالفطر كفارة اليمين لا القضاء لعدم الالتزام والكفارة موجبها الحنث في هذا المقام

وإن نواهما أي النذر واليمين أو نوى اليمين فقط بلا نفي النذر كان نذرا ويمينا عند الطرفين فيجب القضاء لكونه نذرا والكفارة لكونه يمينا إن أفطر وعند أبي يوسف نذر في الأول أي فيما نواهما

ويمين في الثاني أي فيما إذا نوى اليمين فقط لأن النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الأول على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنية وعند نيتهما تترجح الحقيقة ولهما أنه لا تنافي بين الجهتين لأنهما يقتضيان الوجوب إلا أن النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في **الهبة بشرط** العوض كما في الهداية قال في الإصلاح إن صاحب الهداية جعل اليمين معنى مجازيا والعلاقة بين النذر واليمين أن النذر إيجاب لمباح فيدل على تحريم ضده وتحريم الحلال يمين لقوله تعالى لم تحرم ما أحل الله لك إلى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم وأورد عليه بأنه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وأجيب عنه بأن الجمع بينهما في الإرادة لا يجوز

---

(١) رد المحتار، ٤٣١/٢٥

(٢) رد المحتار، ٤٣٥/٢٥

وهنا ليس كذلك لأن النذر لا يثبت بإرادته بل بصيغته لأنها إنشاء للنذر سواء أراد أو لم يرد ما لم ينو أنه ليس بنذر أما إذا نوى أنه ليس بنذر يصدق فيما بينه وبين الله تعالى فإن هذا أمر لا مدخل لقضاء القاضي والمعنى المجازي يثبت بإرادته فلا جمع بينهما في الإرادة وهذا بحث طويل

". (١)

" المكره فإنه منعقد وإن لم يلزم

وقال يعقوب باشا وغيره وينبغي أن يزاد قيد بطريق الاكتساب كما وقع في الكتب لإخراج مبادلة رجلين مالهما بطريق **الهبة بشرط** العوض فإنه ليس ببيع ابتداء وإن كان في حكمه بقاء

انتهى

وفيه كلام لأن قوله ليس ببيع ابتداء يقتضي أن يكون **الهبة بشرط** العوض في ابتداء العقد تبرعا محضا لا مبادلة فخرج بقوله المبادلة فلا حاجة إلى هذا القيد وكذا لا حاجة إلى قيد على وجه التمليك كما قيل لأنه يفهم من المبادلة أيضا

وينعقد البيع أي يحصل شرعا بإيجاب هو كلام أول من يتكلم من المتعاقدين حال إنشاء البيع سمي بالإيجاب مبالغة لكونه موجبا أي مثبتا للآخر خيار القبول وقبول أي من إيجاب وقبول أو بسببهما وهو كلام ثاني من يتكلم منهما في تلك الحال

فعلم أن هذين

". (٢)

" أحدهما فقط

وفي الخلاصة ولو كان كلاهما هبة أو صدقة أو أحدهما هبة والآخر صدقة فما لم يذكر الشهود القبض لا يصح وإن ذكروا القبض ولم يؤرخوا أو أرخوا تاريخا واحدا فهو بينهما إذا كان لا يحتمل القسمة

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٣٧٥/١

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٥/٣

وإن كان يحتملها فلا يقضي لهما بشيء عند الإمام وعندهما يقضي بينهما نصفين ولو كان في يد أحدهما يقضي له بالإجماع

وكذا الشراء والمهر عند أبي يوسف أي ادعى شخص أن هذا الشيء اشتريته من زيد وادعت امرأة أن زيدا تزوجها على هذا الشيء فأقاما البينة ولم يذكرا تاريخا أو ذكرا واستوى تاريخهما يقضي لكل واحد منهما بالنصف لأن الشراء والمهر سواء في إثبات الملك ثم للمرأة نصف القيمة على الزوج وللمشتري نصف الثمن المنقود على البائع وله فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه وقال محمد الشراء أولى فيقضي لصاحب الشراء وعلى الزوج القيمة أي قيمة المبيع للمرأة لأن البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وهو ممكن بأن يجعل الشراء سابقا إذ لو تزوج على ملك الغير صحت القسمة فتجب القيمة عند تعذر تسليم العين قيد بالشراء لأنه لو اجتمع نكاح وهبة أو رهن أو صدقة فالنكاح أولى

وفي المنح اعتراض عن طرف صاحب الفصولين وجواب عن طرف صاحب البحر فليطالع

والرهن مع القبض أولى من الهبة بلا عوض معه أي مع القبض يعني لو ادعى أحدهما رهنا مقبوضا والآخر هبة وقبضا وأقاما البينة ولم يؤرخا فمدعي الرهن أولى استحسانا والقياس أن الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت البينة المثبتة للزيادة أولى وجه الاستحسان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى فإن كانت أي **الهبة بشرط** العوض فهي أي الهبة أولى من الرهن لكونها في معنى البيع انتهاء فيكون عقدها عقد زمان يثبت الملك معنى وصورة بخلاف الرهن فإنه لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة هذا إذا كانت العين في يد ثالث إذا لو كانت في أيديهما يقضي بها بينهما نصفين إلا أن يؤرخا وتاريخ أحدهما أسبق فيقضي له

وإن برهن خارجان على ملك مؤرخ هذه المسألة قد ذكرت وإعادتها هنا لأجل ذكر التاريخ أو شراء مؤرخ من واحد متعلق بشراء غير ذي اليد احترز بهذا عما برهنا على ما في يد آخر كما مر تفصيلها فالسابق أولى لأنه أثبت ملكه في وقت لا

". (١)

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٣/٣٧٦

" المحصنة العارية عن شرط العوض فإن **الهبة بشرط** العوض بيع انتهاء فتثبت الشفعة والخيار كما سيأتي فلا ينتقض التعريف **بالهبة بشرط** العوض فعلى هذا لا يلزم ما ارتكبه صاحب الدرر واعتراض بعض عليه تدبر والمراد بالعين عين المال لا العين المطلق بقرينة التمليك المضاف إليه لأن العين الذي ليس بمال لا يفيد الملك وكذا المراد بالتمليك هو التمليك في الحال لأن قوله وهبت لإنشاء الهبة حالا كبعت فلا حاجة إلى قول من قال هي تمليك مال للحال للاحتراز عن الوصية ولأن العين قد لا يكون مالا تدبر

فخرجت عن هذا التعريف الإباحة والعارية والإجارة والبيع وهبة الدين ممن عليه الدين فإن عقد الهبة إسقاط وإن كان بلفظ الهبة وهي أمر مندوب وصنع محمود محبوب قال صلى الله تعالى عليه وسلم تهادوا تحابوا وقبولها سنة فإنه عليه الصلاة والسلام قبل هدية العبد وقال في حديث بريرة هو لها صدقة ولنا هدية وقال عليه السلام لو أهدي إلي طعام لقبلت ولو دعيت إلى كراع لأجبت وإليها أي الإجابة الإشارة بقوله تعالى فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا أي مسرورا مريئا أي راضيا على الأكل وهي

". (١)

" عن ملك الموهوب له إلا بالقضاء أو الرضى فيصح إعتاقه قبلها

ولو منعه أي منع الموهوب له الموهوب عن الواهب بعد أن يرجع قبل القضاء أو بعده فهلك الموهوب في يد الموهوب له لا يضمن لأن يده غير مضمونة إلا إذا طلبه بعد القضاء فمنعه مع القدرة على التسليم فحينئذ يكون يده يد ضمان لمنعه طلبه فظهر الفرق بين المنع بعد الرجوع وبين المنع بعد الطلب وهو أي الرجوع مع أحدهما أي مع التراضي أو قضاء القاضي فسخ لعقد الهبة من الأصل أو إعادة للملك القديم لا هبة من الموهوب له وعند زفر الرجوع بالتراضي عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة

ولنا أن عقد الهبة وقع جائزا موجبا لحق الفسخ فإذا رجع الواهب كان مستوفيا لحق ثابت له بالعقد لأن العقد وقع غير لازم لا ابتداء لعقد جديد ثم فرعه بقوله فلا يشترط قبضه أي الواهب لأن القبض إنما يعتمد في انتقال الملك لا في عوده إلى الملك القديم

وصح أي الرجوع في المشاع القابل للقسمة بأن وهب دارا ورجع في نصفها ولو كان هبة مبتدأة لما صح في المشاع القابل للقسمة

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٤٩٠/٣

وإن تلف الموهوب عند الموهوب له فاستحق مستحق فضمن الموهوب له قيمته للمستحق لا يرجع على واهبه بما ضمن لأن العقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرور بخلاف الوديعة لأن المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لأن عقد المعاوضة يقتضي السلامة والإعارة كالهبة هنا كما في التنوير

والهبة بشرط العوض هبة ابتداء أي في ابتداء العقد فشرط القبض في العوضين لأن القبض شرط في الهبة لما مر وكل واحد منهما واهب من وجه ومنعها أي الهبة الشيوع فيما يحتمل القسمة في أحدهما أي في أحد العوضين لما

". (١)

" وكذا استثناؤه

و بطل الشرط في الصور الباقية لكونه مخالفا بمقتضى العقد والتمليك فيكون فاسدا والهبة لا تفسد بالشرط الفاسد كما مر

وكذا تصح الهبة وبطل الشرط لو وهب دارا على أن يرد أي الموهوب له عليه أي على الواهب بعضها أي الدار أو على أن يعوضه شيئا منها أي من الدار واعترض الزيلعي تبعا لصاحب النهاية على قولهم أو يعوضه شيئا منها بأن المراد به أما **الهبة بشرط** العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله وبطل الشرط وإن أراد أن يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لأنه ذكره بقوله على أن يرد شيئا منها انتهى وأجاب صاحب الدرر بأن نختار الشق الأول وقوله فهي والشرط جائزان ممنوع وإنما يجوز إذا كان العوض معلوما كما عرفت من المباحث السابقة وصرح به بعض شراح الهداية وكذا الحال في الصدقة انتهى لكن إن ما جعل مبنى الجواب من كون العوض المجهول شرطا فاسدا موافق للخانية في مسألة هبة الأرض بشرط إنفاق ما يخرج منها على الواهب لكنه مخالف لما قاله التمرتاشي من أنه لو وهب بشرط العوض ولم يسم العوض جاز لأن الهبة تقتضي عوضا مجهولا وقد أجاب بعض الفضلاء بأنا نختار الشق الثاني ولا تكرار لأن في عبارة العوض مظنة الصحة كما لا يخفى لكن الأولى ما في شرح الكنز للعيني من أنه لا يلزم التكرار أصلا لأن قوله على أن يرد عنه شيئا منها لا يستلزم أن يكون عوضا لأن كونه عوضا إنما هو

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٥٠٥/٣

بألفاظ مخصوصة فيجوز أن يكون ردا ولا يكون عوضا لعدم الاستلزام وأما قوله أو يعوضه شيئا منها فصريح بالعوض ولا شك أنهما متغايران

ولو دبر الحمل ثم وهبها أي الأمة فالهبة باطلة لأن المدبر يبقى على ملك الواهب إلى موته فصار كهبة المشاع بخلاف ما لو أعتقه أي الحمل ثم وهبها أي الأمة فإنه يجوز العتق في الولد والهبة في الأمة لأن الجنين لم يبق على ملك الواهب فلم تشتغل الأمة غير حضانة الولد

ومن قال لمديونه إذا جاء غد فالدين لك أو قال فأنت بريء منه أي من الدين أو قال إن أديت إلي نصفه أي الدين فالباقي أي النصف الآخر لك أو قال له إن أديت إلي نصفه فأنت بريء منه أي من

". (١)

"كتاب المكاتب أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني قولنا بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع **والهبة بشرط** العوض وقولنا بطريق الأصالة خرج به النكاح والعتاق على مال فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة قيل الأنسب أن يذكر عقيب العتاق لأن الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا لكن لا نسلم ذلك لأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك لشخص ومنفعة لغيره وهو أنسب للإجارة لأن نسبة الذاتيات أولى من العرضيات كما في العناية لكن في حاشية المولى سعدي كلام فليطالع والمكاتب هو مفعول من كاتب مكاتبة والمولى مكاتب بكسر التاء وأصله من الكتب وهو الجمع ومنه كتبت القرية إذا أحرزتها والكتيبة هي الطائفة المجتمعة من الجيش والكتاب لأنه يجمع الأبواب والفصول والكتابة لأنها تجمع الحروف ويسمى هذا العقد كتابة ومكاتبة لأن فيه ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة أو لأن فيه جمعا بين نجمين فصاعدا أو لأن كلا منهما يكتب الوثيقة الكتابة في اللغة مصدر كتب وفي الشرع تحرير المملوك يدا أي من جهة

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٥٠٧/٣

". [1]

"*البيع لا ينعقد إلا بلفظين ينبئان عن التمليك والتملك على صيغة الماضي أو الحال نحو أن يقول البائع بعت منك هذا بكذا أو يقول أبيعك هذا بكذا ويقول المشتري اشتريت أو قبلت أو رضيت أو أجزت [2] * ولا ينعقد بلفظة الأمر بأن قال المشتري بعني هذا الثوب بكذا فيقول بعت أو يقول البائع اشتر مني هذا العبد بكذا فيقول اشتريت وكما لا ينعقد بلفظة الأمر لا ينعقد لا ينعقد بلفظة الاستقبال نحو أن يقول البائع سأبيعك هذا العبد بكذا فيقول المشتري اشتريت وقد يكون البيع بالأخذ والعطاء من غير لفظ البيع ويسمى هذا البيع التعاطي واختلف المشايخ رحمه الله تعالى فيه قال بعضهم هذا البيع يختص بالأشياء الخسيسة كالبقل واللحم والخبز والحطب وقال بعضهم ينعقد في الكل وإليه أشار في الجامع الصغير في الوكالة وقال القاضي الإمام أبو الحسن علي السغدي رحمه الله تعالى هذا البيع لا يكون إلا بقبض البدلين جميءا * وقال بعضهم قبض أحدهما يكفي وينعقد البيع **بالهبة بشرط** العوض عند قبضهما ويبنى عليها أحكام البيع من ثبوت حق الشفعة ونحوها * ولو قال بعتك هذا العبد بألف درهم فقبضه المشتري ولو يقل شيئا كان بيعا * ولو قال بعت منك هذا العبد بألف درهم ثم قال بعت منك هذا العبد بمائة دينار فقال المشتري قبلت كان البيع بالثمن الثاني * ولو قال بعت منك هذا العيد بألف درهم فقبل المشتري ثم قال بعت منك هذا العبد بمائة دينار في ذلك المجلس أو غيره وقال المشتري اشتريت ينعقد البيع الثاني وينفسخ البيع الأول * ولو قال البائع بعت منك هذا العبد بألف درهم فقال المشتري اشتريته منك بألفي درهم ذكر في النوادر أنه ينفد البيع بألف والألف الأخرى زيادة في الثمن عن قبلها البائع صح وكذلك لو ابتدأ المشتري فقال اشتريت منك هذا العبد بألفي درهم فقال البائع بعته بألف درهم كان ذلك حطا لأحد الألفين * ولو قال بعتك منك هذا العبد بألفي درهم فقال المشتري اشتريته بغير شيء لا يصح * ولو تبايعا وهما يمشيان قال بعضهم لا ينعقد البيع لتفرق المجلس بالخطوات قبل القبول كما لو قال بعت فقام المشتري ثم قبل * وقال بعضهم ينعقد إذا أجاب المخاطب موصولا بالخطاب فإنه ذكر في الطلاق إذا قال لها اختاري وهم يمشيان فقالت اخترت موصولا بالخطاب يقع الطلاق * ولو قال أقيلك هذا العبد بألف درهم فقال الآخر

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٣/٤

(٢) ١٢٧

قبلت اختلفوا فيه وقال أبو بكر [١] الإسكاف ينعقد البيع بينهما بلفظة الإقالة وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى لا ينعقد وبه أخذ الفقيه أبو الليث وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فإنه قال في المتبايعين إذا تقابلا البيع بأكثر من الثمن الأول أو بأقل أو بجنس آخر في ظاهر الرواية عنه يكون ذلك فسخا بالثمن الأول في حقهما * وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى الإقالة بيع بعد القبض فسخ قبله وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى الإقالة بيع غلا إذا تعذر جعلها بيعا بأن كان المبيع منقولا وتقابلا قبل القبض فيجع فسخا وقال محمد رحمه الله تعالى إن تقابلا بأكثر من الثمن الأول أو بجنس آخر يكون بيعا وقال زفر رحمه الله تعالى الإقالة فسخ في حق الكل حتى لا يتعلق بها الشفعة * رجل قال لآخر اذهب بهذه السلعة وانظر غليها اليوم فإن رضيتها فهي لك بألف درهم فذهب بها جاز * وكذا لو قال إن رضيتها اليوم فهي لك بألف درهم جاز وهو بمنزلة قوله بعتك هذا العبد بألف درهم على أنك بالخيار اليوم * ولو باع عبدين فقال بعتك هذين العبدين بألف درهم فقبل المشتري أحدهم أو قال للرجلين بعتكما هذا العبد فقبل أحدهم لا يجوز إلا أن يرضى به البائع في المجلس وحصته من الثمن معلومة فيجوز ويكون ذلك عقدا جديدا في الباقي * ولو قال بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بمائة فقبل المشتري البيع في أحدهما ذكر في بعض المواضع أنه يجوز * وذكر في الجامع أنه لا يجوز إلا أن يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بمائة وبعتك هذا بمائة فقبل المشتري في أحدهما جاز أما إذا لم يعد لفظة البيع وإن سمى لكل واحد ثمنا كانت الصفقة واحدة فلا يصح قبول أحدهما * رجل قال لغيره بعتك عبدي هذا بألف درهم فقال قد أخذته بألف درهم وعشرة دنانير فهو جائز وله الألف والزيادة * رجل قال لغيره بعتك عبدي هذا بألف درهم فقال الرجل هو حر لم يكن ذلك جوابا ولا يكون حرا في قول محمد وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى * ولو قال فهو حر كان جوابا وعتق العبد ويصير قابضا للعبد * ولو قال له رجل بعني غلامك هذا بألف درهم فقال قد بعتك بألف درهم فقال المشتري هو [٢] حر قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في رواية هو حر ويصير قابضا وقال محمد رحمه الله تعالى لا يعتق فلا يصير قابضا * رجل عليه دين ألف درهم لرجل فقال المديون لصاحب الدين أعطيك بدينك دنانير فساومه." [٣]

---

(١) ١٢٨

(٢) ١٢٩

(٣) قاضي إمام فخر الدين خان، ٢/٦٤

"[1] أن ينصب حصما عن البائع ليرده عليه اختلفوا فيه قال بعضهم ينصب خصما نظرا للمشتري وقال محمد بن سلمة رحمه الله تعالى لا يجيبه القاضي إلى ذلك ولا ينصب خصما لأن المشتري لما اشترى ولم يأخذ منه وكيلا مع احتمال الغيبة فقد ترك النظر لنفسه فلا نظر له فإن لم ينصب القاضي خصما وطلب المشتري من القاضي الإعلأن عن محمد رحمه الله تعالى فيه روايتان في رواية يجيبه القاضي إلى ذلك فيبعث مناديا ينادي على باب البائع أن القاضي يقول إن خصمك فلنا يريد أن يرد المبيع عليك فإن حضرت وإلا نقضت البيع فلا ينقض القاضي البيع من غير إعلأن وفي رواية لا يجيبه القاضي إلى الإعلأن أيضا قيل لمحمد رحمه الله تعالى كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري أن يستوثق فيأخذ منه كفيلا ثقة إذا خاف الغيبة حتى إذا غاب البائع يرد على الكفيل وإن اشترى شيئا يتسارع إليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام فغي القياس لا يجير المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال للمشتري إما أن تفسخ البيع وإما أن تأخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد المبيع عند دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل شراء شيء يتسارع إليه الفساد كالسمكة الطرية ونحوها وجحد المدعى عليه وأقام المدعي بينة على ما ادعى ويخاف فسادها في مدة التزكية فإن القاضي يأمر مدعي الشراء أن ينقد الثمن ويأخذ السمكة ثم القاضي يبيعها من آخر ويأخذ ثمنها ويضع الثمن الأول والثاني على يدي عدل فإن عدلت البينة يقضي لمدعي الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الأول على البائع وإن ضاع الثمنان عند العدل بضيع الثمن الثاني من مال مدعي الشراء لأن بيع القاضي كبيعه وإن لم تعدل بينة مدعي الشراء فإنه يضمن قيمة السمكة للمدعى عليه لأن البيع لم يثبت فبقى أخذ مال الغير بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة وهذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى * ولو باع شيئا يتسارع غليه الفساد بيعا باتا ولم يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبائع أن يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني أن يشتري وإن كان يعلم بذلك لأن المشتري الأول رضي بهذا البيع [2] والفسخ دلالة فيحل للبائع أن يبيع وغ٧ذا حل للبائع أن يبيع وإذا حل للبائع أن يبيع حل للمشتري الثاني أن يشتري * رجل باع عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم أنه عرض العبد على البيع لم يبطل خياره لأنه لا يملك فسخ البيع عند غيبة صاحبه * رجل باع شيئا بثمن مؤجل على أنه بالخيار ثلاثة أيام يعتبر الأجر من وقت سقوط الخيار لا من وقت العقد

---

(١) ١٨٤

(٢) ١٨٥

* وكذا لو كان الخيار للمشتري ولو باع دارا على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام وللدار شفيع فإن الشفيع يطلب الشفعة وقت العقد إذا علم بالبيع لا وقت سقوط الخيار وفي بيع الفضولي يطلب يطلب الشفعة وقت الإجازة * وفي البيع الفاسد عند انقطاع حق الاسترداد وفي **الهبة بشرط** العوض روايتان في رواية يطلب عند القبض وفي رواية عند العقد وهو الصحيح والمسائل تأتي في كتاب الشفعة * لرجل باع دارا على أنه بالخيار ثلاثة أيام فصالحه المشتري على دراهم مسماة أو على عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويمضي البيع جاز ذلك ويكون زيادة في الثمن وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على أن يسقط الخيار فيحط عنه من الثمن كذا أو يزيده هذا العرض بعينه في البيع جاز ذلك * الوكيل بالبيع إذا باع على أنه بالخيار ثلاثة أيام أ الرجل باع بنفسه وشرط الخيار لغيره فمات الوكيل أو الوصي في الأيام الثلاثة أو مات الموكل أو الصغير أو مات الذي باع بنفسه أو الذي شرط الخيار له في الأيام الثلاثة قال محمد رحمه الله تعالى يتم البيع في جميع ذلك لأن لكل واحد منهم حقا في الخيار والجنون في هذا بمنزلة الموت * ولو باع الأب أو الوصي مال اليتيم على أنه بالخيار ثلاثة أيام فبلغ اليتيم في مدة الخيار قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يتم البيع ويبطل الخيار وعن محمد رحمه الله تعالى في ثلاثة روايات في رواية يكون الخيار لليتيم إن شاء نقض البيع وإن شاء أجاز في مدة الخيار وبعد انقضائها يكون هذا خيار الإجازة لا خيار الشرط * وفي الرواية ينتقل خيار الشرط إلى اليتيم مؤقتا بالأيام الثلاثة كما كان وفي رواية يبقى الخيار للأب إن شاء نقض البيع في المدة أو أجاز وإن لم يصنع شيئا حتى مضت المدة تم البيع * والمكاتب إذا باع على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم عجزوا العبد المأذون إذا [1] باع على أنه بالخيار على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم حجر عليه المولى يتم البيع ويبطل الخيار * ورجل باع عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم قال البائع للعبد إن دخلت الدار فأنت حر لم يكن ذلك نقضا للبيع ولا إبطالا للخيار وكذا لو قال لهذا العبد أنت حر أو هذا لعبد آخر له نج وكذا لو كان الخيار للمشتري فحلاف بذلك نج رجل اشترى عبدا على أنه." [2]

"وبعضها من المكسرة فسد البيع * باع عبدا بثوب موصوف في الذمة إن ذكر للثوب أجلا جاز وإن لم يذكر له أجلا لا يجوز لأن الثوب لا يجب في الذمة بعقد المعاوضة إلا سلما والسلم لا بذله من الأجل فإن ذكر للثوب أجلا فافترقا قبل قبض العبد لا يفسد العقد وهذا العقد يعتبر بيعا في حق العبد سلما في

---

(١) ١٨٦

(٢) قاضي إمام فخر الدين خان، ٢/٩٢

الثوب ويجوز أن يكون للعقد الواحد حكم عقدين **كالهبة بشرط** العوض وتعليق العتق بأداء المال * رجل باع ثوبا ثم لقيه المشتري فقال إنك قد أغليت علي وبعتني بأكثر مما يساوي وقد كان باعه بعشرين فقال البائع قد بعتك بعشرة لا بعشرين فهو جائز وهو حط وكذا لو قال البائع للمشتري قد أرخصت عليك وبعتك بنصف الثمن فقال المشتري اشتريته بعشرين جاز ويكون زيادة في الثمن * ولو لقيه البائع فقال بعد ما قبل المشتري بعتك ثانية [(١)] بعشرة فقبل المشتري اشتريت منك ثانية بعشرين وتراضيا على ذلك ينتقض البيع الأول وينعقد الثاني ولا يشبه هذا إذا ذكر الغلاء والرخص فإن ذلك زيادة وحط * رجل اشترى شيئا بألف درهم فقال المشتري بعد البيع نويت في قلبي نقد كذا وقال بالبائع نويت نقد كذا لا جود من ذلك فهو باطل وله نقد البلد فإن كان نقدهم مختلفا كان ذلك على الغالب وإن استويا فسد البيع ﴿فصل في الأجل﴾ * رجل اشترى متاعا بألف درهم إلى عشرة أشهر على أن يعطيه الثمن أي نقد كان يومئذ كان البيع فاسدا *رجل باع شيئا بألف درهم على أن يعطيه على التفاريق إن كان ذلك شرطا في البيع لا يجوز البيع وإن لم يكن ذلك شرطا في البيع وإنما ذكر ذلك بعد البيع كان للبائع أن يأخذه بالثمن جملة * رجل باع عبدا بألف على أن ينقده كل أسبوع بعض الثمن حتى ينقده خمسمائة عند مضي الشهر كان فاسدا * رجل اشترى من القصاب كل يوم لحما بدرهم وكان القصاب يقطع له اللحم ويضعه في الميزان ويزن والمشتري يظن أنه من لأن اللحم يباع في البلد منا بدرهم فوزن المشتري اللحم يوما فوجده ثلاثين أستارا وصدقه القصاب في ذلك قالوا إن كان المشتري من أهل البلد يرجع على القصاب بحصة النقصان من الثمن ولا يرجع بحصة النقصان من اللحم لأن الباع أخذ حصة النقصان من الثمن بغير عوض فيرجع عليه بذلك وإن كان المشتري من غير أهل البلد أو كان القصاب ينكر أنه دفع إليه على أنه من فإن المشتري لا يرجع على القصاب بشيء لأن سعر البلد لا يظهر في حق الغرباء * بلدة اصطلح أهلها على سعر اللحم والخبز وشاع ذلك فجاء رجل غريب إلى الخباز فقال أعطني خبزا بدرهم أو جاء إلى قصاب وقال أعطني لحما بدرهم فأعطاه أقل مما يباع في البلد والمشتري لا يعلم بذلك ثم علم قالوا يرجع في الخبز بحصة النقصان من الثمن لأن البيع وقع على الوزن الذي شاع في البلد فإذا أوجده أقل يرجع بالنقصان لأن في قدر النقصان باع خبزا غير معين ولم يوجد التعاطي وفي اللحم لا يرجع بشيء لأن سعر اللحم لا يشيع كما يشيع سعر الخبز فلا يظهر في حق الغرباء * رجل اشترى شيئا بثمن إلى النيروز ذكر في الأصل أنه لا يجوز قالوا هذا

---

(١) ٢٦٨

إذا لم يعلم البائع والمشتري بما بقي غلى النيروز فإن علما جاز * اشترى شيئا بثمن إلى سنة كان على البائع تسليم المبيع في الحال فإن لم يسلم حتى مضت السنة قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يعتبر الأجل من وقت التسليم وكذا لو كان في البيع خيار يعتبر الأجل من وقت سقوط الخيار عنده وأجمعوا على أنه لا يكون للبائع أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن بعد السنة من وقت البيع * ولو باع شيئا بثمن غلى رمضان ولم يسلم حتى جاء رمضان لا يبقى الأجل ويجب الثمن على المشتري في قولهم * رجل عليه ألف درهم من ثمن بيع طالبه الطالب فقال ليس عندي شيء فقال الطالب اذهب وأعطني كل شهر عشرة لم يكن ذلك تأجيلا وكان له [1] يأخذه بجميع الثمن في الحال * رجل قال لغيره بعت منك هذا الثوب بعشرة على أن تعطيني كل يوم درهما وكل يومين درهمين فإنه يعطي العشرة في ستة أيام درهما في اليوم الأول وثلاثة في اليوم الثاني ودرهما في اليوم الثالث وثلاثة في اليوم الرابع ودرهما في اليوم الخامس ودرهما في اليوم السادس * أما في الأول يعطيه درهما فظاهر وفي الثاني يعطيه ثلاثة لأنه جعل اليوم أجلا للدرهم الواحد بكلمة توجب التكرار فكلما جاء يوم يلزمه درهم فيلزمه درهم في اليوم الثاني بمجيء اليوم الثاني ودرهمان بمضي يومين ودرهم في اليوم الثالث بحلول نجم آخر ولم يحل للدرهمين أجل آخر وفي اليوم الرابع يلزمه ثلاثة دراهم بمجيء اليوم الرابع ودرهما بمجيء أجل آخر للدرهمين وفي اليوم الخامس يلزمه درهم بمجيء اليوم الخامس ولم يحل للدرهمين أجل آخر بقي من العشرة درهم واحد يعطيه في اليوم السادس * من عليه الدين المؤجل إذا قال برئت من الأجل أو قال لا حاجة لي في الأجل لهذا الدين لم يكن ذلك إبطالا للأجل ولو قال أبطلت الأجل أو قال تركت الأجل يصير الدين حالا وكذا لو قال جعلت هذا الدين." [2]

"الموهوب له إذا عوض الواهب بعد الهبة وقال هذا عوض هبتك أو ثواب هبتك أو بدل هبتك أو مكان هبتك أو قال كافأتك أو أثبتك أو تصدقت بها عليك بدلا عن هبتك يكون عوضا لا يبقي للواهب حق الرجوع ولا للمعوض أن يرجع على الواهب في العوض وإن لم يقل شيئا من هذه الألفاظ كان لكل واحد منهما الرجوع فيما أعطى، ويشترط شرائط الهبة في العوض بعد الهبة من القبض والإفراز لأنه تبرع، ويجوز تعويض الأجنبي كان بأمر الموهوب له أو بغير أمره ولا يبقي للواهب حق الرجوع في الهبة بعد ذلك

---

(١) ٢٦٩

(٢) قاضي إمام فخر الدين خان، ٢/١٣٤

ولا للأجنبي أن يرجع في العوض، وليس للأجنبي المعوض أن يرجع على الموهوب له سواء عوض بأمره أو بغير أمره إلا أن يقول الموهوب له عوض فلانا عني على أني ضامن وهو كما لو قال لغيره أطعم عن كفارة يميني أو قال أد زكاة مالي أو قال هب لفلان عبدك هذا عني فإن المأمور لا يرجع على الآمر إلا أن يقول له الآمر على أني ضامن بخلاف ما لو قال لغيره اقض ديني لفلان فقضاه كان للمأمور أن يرجع على الآمر وإن لم يقل على أني ضامن، وموضع هذه المسائل هبة الأصل، ولو أن الموهوب له تصدق على الواهب أو نحله أو أعمره وقال هذا عوض هبتك وسلم جاز ويكون عوضا، إذا وجد الواهب في العوض عيبا لم يكن له أن يرجع في شيء من الهبة كان العيب فاحشا أو لم يكن، رجل وهب عبده لرجلين فعوضه أحدهما عن حصته كان للواهب أن يرجع في حصة الآخر [(١)] ويصح رجوعه في النصف الشائع، ولو عوضه أحدهما عن نفسه وعن صاحبه لا يكون للواهب أن يرجع في شيء من العبد لما قلنا أن التعويض يصح من الأجنبي، إذا وهب للصغير هبة فعوض الأب أو الوصي للواهب من مال الصغير لا يجوز لأنه تبرع فإذا بطل التعويض كان للواهب أن يرجع في هبته وهو كما لو استحق العوض كان للواهب أن يرجع في الهبة إذا كانت قائمة ولم تزدد خيرا فإن استحق نصف العوض لا يرجع الواهب في شيء من الهبة ويصير كأنه عوضه الباقي والعوض وإن كان يسيرا يبطل حق الواهب في الرجوع، فإن قال الواهب أرد ما بقي من العوض وأرجع في الهبة لم يكن له ذلك، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى له أن يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة إن شاء، وعلى قول زفر رحمه الله تعالى إذا استحق نصف العوض كان للواهب أن يرجع في نصف الهبة، وعندنا ليس له ذلك لأنها ليست بمعاوضة ولهذا يصح التعويض بشيء يسير أو كثير من جنس الهبة أو من غير جنسها فإن استحقت الهبة كان للمعوض أن يرجع في العوض وإن استحق نصف الهبة كان للمعوض أن يرجع في نصف العوض لأنه إنما عوضه لتسلم له الهبة، رجل وهب لرجل ألف درهم فعوضه الموهوب له درهما من تلك الدراهم لم يكن ذلك عوضا عندنا وكان للواهب أن يرجع في هبته، وقال زفر رحمه الله تعالى يكون عوضا، وكذا لو كانت الهبة دارا فعوضه بيتا منها، ولو وهب نصراني لمسلم هبة فعوضه المسلم خمرا أو خنزيرا لم يكن عوضا وللنصراني أن يرجع في هبته، وكذا الرجل إذا عوض الواهب شاة مسلوخة ثم ظهر أنها ميتة رجع الواهب في هبته، وكذا العبد المأذون إذا وهب لرجل هبة فعوضه الموهوب له كان لكل واحد منهما أن يرجع فيما دفع لأن هبة العبد باطلة مأذونا كان أو محجورا وإذا بطلت الهبة بطل التعويض،

---

(١) ٣\٢٧٨

وكذا الصغير إذا وهب ماله لرجل فعوضه الموهوب له لا يصح لأنه عوض عن هبة باطلة، رجل وهب لرجل ثوبا لغيره وسلمه إليه فأجازه المالك جازت الهبة من المالك وله أن يرجع فيها ما لم يعوض أو يكون الموهوب له ذا رحم محرم من المالك فحقوق الهبة تكون لصاحب الهبة لا للذي باشرها، فلو أن الموهوب له عوض الذي باشر الهبة أو كان بينهما قرابة فذلك لا يمنع صاحب الهبة عن الرجوع في الهبة، رجل وهب لرجل ثوبا وخمسة درهم فسلم الكل إليه ثم عوضه الثوب أو الدراهم لم يكن عوضا عندنا استحسانا لأن الكل هبة واحدة فلا يكون البعض عوضا، ولو وهب لرجل هبتين مختلفتين يعني في عقدين في مجلس واحد أو مجلسين فعوضه إحداهما عن الأخرى كان عوضا، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يكون عوضا كما لو كان العقد واحدا لأن ماله لا يكون عوضا عن ماله، ولو كانت إحداهما صدقة والأخرى هبة فعوضه الصدقة عن الهبة كان عوضا، رجل وهب لرجل حنطة فطحن الموهوب [1] له بعضها وعوضه دقيقا من تلك الحنطة كان عوضا، وكذا لو وهب ثيابا وصبغ ثوبا منها بعصفر أو خاطه قميصا ثم عوضه كان عوضا، وكذا لو وهب سويقا ولت بعضه ثم عوضه كان عوضا لأنه صار شيئا آخر ولهذا لا يكون للواهب أن يرجع في الهبة بعدما فعل ذلك فإن كانت **الهبة بشرط** العوض يشترط لها شرائط الهبة في الابتداء حتى لا يصح في المشاع الذي يحتمل القسمة ولا يثبت بها الملك قبل القبض ولكل واحد منهما أن يمتنع من التسليم وبعد التقابض يثبت لها حكم البيع فلا يكون لأحدهما أن يرجع فيما كان له ويثبت بها الشفعة، ولكل واحد منهما أن يرد بالعيب ما قبض وإن استحق ما في يد أحدهما يرجع على صاحبه بما في يده إن كان قائما." [2]

"وبقيمته إن كان هالكا، والصدقة بشرط العوض بمنزلة **الهبة بشرط** العوض وهذا استحسان والقياس أن تكون **الهبة بشرط** العوض بيعا ابتداء وانتهاء ألا ترى أن المكره على البيع إذا وهب بشطر العوض كان مكرها فيه والمكره على **الهبة بشرط** العوض إذا باع يكون مكرها والإكراه بأحدهما يكون إكراها بالآخر، رجل وهب لرجل عبدا بشرط أن يعوضه ثوبا إن تقابضا جاز وإن لم يتقابضا لم يجز والله أعلم.فصل في هبة الوالد لولده والهبة للصغيررجل له ابن وابنة أراد أن يهب لهما شيئا و يفضل أحدهما على الآخر في الهبة أجمعوا على أنه لا بأس بتفضيل بعض الأولاد على البعض في المحبة لأن المحبة عمل القلب وذلك

---

(١) ٣\٢٧٩

(٢) قاضي إمام فخر الدين خان، ١٥٣/٣

غير مقدور قال عليه الصلاة والسلام حين سوى بين النساء في القسم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك، ولو وهب رجل شيئا لأولاده في الصحة وأراد تفضيل البعض في ذلك على البعض لا رواية لهذا في الأصل عن أصحابنا رحمهم الله تعالى روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا بأس به إذا كان التفضيل لزيادة فضل له في الدين فإن كانا سواء يكره وروى المعلى رحمه الله تعالى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا بأس به إذا لم يقصد به الإضرار وإن قصد به الإضرار سوى بينهم يعطي للابنة مثل ما يعطي للابن، وقال محمد رحمه الله تعالى يعطي للذكر ضعف ما يعطي للأنثى والفتوى على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، رجل وهب في صحته كل المال للولد جاز في القضاء ويكون آثما فيما صنع، رجل قال جعلت هذا لولدي فلان كانت هبة ولو قال هذا الشيء لولدي الصغير فلان جاز ويتم من غير قبول كما لو باع ماله من ولده الصغير جاز ولا يحتاج إلى القبول، رجل وهب لابنه الصغير دارا هي مشغولة بمتاع الأب قال أبو نصر رحمه الله تعالى جاز ولا يحتاج إلى التفريغ لأنها مشغولة بمتاع القابض وهو الأب، ولو تصدق على ابنه الصغير بدار والأب ساكن فيها لا يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويجوز في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعليه الفتوى لما قلنا في الهبة، ولو وهب عبده الآبق لولده الصغير لا يجوز وإن باع جاز، رجل اتخذ ثيابا لولده الصغير ثم أراد أن يدفع [1] إلى ولد له آخر لم يكن له ذلك لأنه لما اتخذ ثوبا لولده الأول صار ملكا للأول بحكم العرف فلا يملك الدفع إلى غيره إلا إذا بين عند اتخاذه للأول أنه عارية فحينئذ يملكه لأن الدفع إلى الأول يحتمل الإعارة فإذا بين ذلك صح بيانه، وكذا الرجل إذا أخذ ثيابا لتلميذه فأبق التلميذ بعدما دفع إليه فأراد أن يدفع إلى غيره فهو على هذا إن بين وقت الاتخاذ أنه إعارة يمكنه الدفع إلى غيره، رجل جهز ابنته بماله فوجه الابنة مع الجهاز إلى زوجها فماتت الابنة فادعى الأب أنه كان عارية وزوجها يدعي الملك اختلفوا فيه، قال بعضهم القول قول الزوج والبينة على الأب وبه قال الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى، وقال بعضهم القول قول الأب لأنه هو الدافع والمملك، قال مولانا رحمه الله تعالى وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل إن كان الأب من الكرام والأشراف لا يقبل قول الأب لأن مثله يأنف عن الإعارة وإن كان من أوساط الناس يكون القول قول الأب لأنه هو الدافع وليس بمكذب فيما قال من حيث الظاهر، امرأة لها مهر على زوجها ووهبت المهر لابنها الصغير الذي من هذا الزوج الصحيح أنه لا تصح هذه الهبة لأن هبة

---

(١) ٣\٢٨٠

الدين من غير من عليه الدين لا تجوز إلا إذا وهبت وسلطت ولدها على القبض فيجوز ويصير ملكا للولد إذا قبض ولا يجوز للأب أن يهب شيئا من مال ولده الصغير بعوض وغير عوض لأنها تبرع ابتداء، ولو وهب أجنبي للصغير هبة فقبض الهبة يكون للأب كان الصغير في عياله أو لم يكن والله أعلم.فصل في قبض الهبة للصغير." (١)

"رجل قال لامرأته قولي وهبت لك مهري فقالت وهي أعجمية لا تحسن العربية قالوا لا تصح هذه الهبة فرقوا بين هذا والطلاق والعتاق، إذا أمر الرجل امرأته حتى قالت طلقت نفسي أو قيل لرجل قل طلقت امرأتي أو أعتقت عبدي فقال ذلك وقع الطلاق والعتاق، والفرق أن الرضا شرط جواز الهبة وليس بشرط الوقوع الطلاق والعتاق ولهذا لو طلق مكرها أو أعتق يقع الطلاق والعتاق، ولو أكره على الهبة فوهب لا تصح وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى عندي لا يقع العتاق أيضا إذا كان معروفا بالجهل، ولو قال لعبده أنت حر وهو لا يعلم أن هذا إعتاق عتق في القضاء ولا يعتق فيما بينه وبين الله تعالى، امرأة تريد أن تهب مهرها من الزوج ولا تصح هبتها ولا يبرأ زوجها قالوا تصالح سرا عن زوجها مع أجنبي من المهر على عوض لم تره ولا تنظر إلى بدل الصلح حتى تهب مهرها من زوجها ثم تنظر إلى البدل فترده بخيار الرؤية فيعود المهر على الزوج كما كان وتبطل الهبة، رجل مات فوهبت مهرها منه امرأته صحت هبتها وبرئ الزوج لأن الدين لا يسقط بالموت وقبول المديون ليس بشرط لجواز الهبة فصحت الهبة، مريضة وهبت مهرها من زوجها ثم ماتت قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى إن كانت عند الهبة تقوم لحاجتها وترجع من غير معين لها على القيام فهي بمنزلة الصحيح تصح هبتها، امرأة قالت لزوجها وهبت مهري منك على أن كل امرأة تتزوجها تجعل أمرها بيدي فإن لم يقبل الزوج ذلك بطلت الهبة وإن قبل ذلك في المجلس جازت الهبة ثم إن فعل الزوج ذلك فالهبة ماضية وإن لم يفعل فكذلك عند البعض كمن أعتق أمته على أن لا تتزوج فقبلت عتقت تزوجت أو لم تتزوج، امرأة قالت لزوجها اتخذ الوليمة وقت الجهاز فما أنفقتها فانقص ذلك من مهري قال الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله تعالى الأمر كما قالت، رجل منع امرأته المريضة من المصير إلى أبويها فقال الزوج إن وهبت لي مهرك بعثتك إلى أبويك فقالت المرأة أفعل ثم قدمها إلى الشهود فوهبت بعض مهرها وأوصت بصدقة البعض على الفقراء أو غير ذلك فمنعها ولم يبعثها إلى أبويها قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى الهبة باطلة لأنها بمنزلة المكرهة في الهبة، امرأة قالت لزوجها وهبت مهري إن لم

---

(١) قاضي إمام فخر الدين خان، ١٥٤/٣

تظلمني فقبل الزوج ذلك ثم ظلمها بعد ذلك قال أبو بكر الإسكاف وأبو القاسم الصفار رحمهما الله تعالى الهبة فاسدة لأنها **تعليق الهبة** بالشرط، وهذا بخلاف ما لو قالت وهبت منك مهري على أن لا تظلمني فقبل الزوج صحت الهبة بالقبول لأن هذا **تعليق الهبة** بالقبول فإذا قبل تمت الهبة فلا يعود المهر بعد ذلك وهو نظير ما لو قال لامرأته أنت طالق إن دخلت الدار لا تطلق ما لم تدخل، ولو قال أنت طالق على دخولك الدار فقالت قبلت [1] وقع الطلاق، وقال محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى في مسألة الظلم مهرها عليه على حاله إذا ظلمها لأن المرأة لم ترض بالبهة إلا بهذا الشرط فإذا فات الشرط فات الرضا أما الطلاق فالرضا فيه ليس بشرط، والدليل على هذا ما ذكر في كتاب الحج إذا تركت المرأة مهرها على الزوج على أن يحج بها وقبل الزوج ذلك ولم يحج بها كان المهر عليه على حاله والفتوى على هذا القول، قال مولانا رحمه الله تعالى ويمكن الفرق بين مسألة الحج وبين مسألة الظلم ووجه ذلك أن في مسألة الحج لما شرطت الحج بها فقد شرطت نفقة الحج عليه فيكون هذا بمنزلة **الهبة بشرط** العوض فإذا لم يحصل العوض لا تتم الهبة أما في مسألة الظلم شرطت عليه ترك الظلم وترك الظلم لا يصلح عوضا قال مولانا رحمه الله تعالى ذكر في بعض النسخ إذا شرطت عليه أن لا يظلمها فقبل الزوج ثم ضربها وأجاب كما ذكر وعندي إنما يعود المهر إذا ضربها بغير حق أما إذا ضربها بتأديب مستحق عليها لا يعود المهر لأن ما كان حقا لا يكون ظلما، امرأة وهبت مهرها من زوجها ليقطعها في كل حول ثوبا مرتين وقبل الزوج ذلك فمضى حولان ولم يقطع قال الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى إن كان ذلك شرطا في الهبة فمهرها عليه على حاله لأن هذا بمنزلة **الهبة بشرط** العوض فإذا لم يحصل العوض لا تصح الهبة وإن لم يكن ذلك شرطا في الهبة سقط مهرها ولا يعود بعد ذلك، وكذا لو وهبت مهرها على أن يحسن إليها ولم يحسن كانت الهبة باطلة وتكون بمنزلة **الهبة بشرط** العوض، رجل قال لامرأته أبرئيني من مهرك حتى أهب لك كذا وكذا فأبرأته ثم أبى الزوج أن يهب منها ما قال كان المهر عليه كما كان، امرأة وهبت مهرها من زوجها على أن يمسكها ولا يطلقها فقبل الزوج ذلك ثم طلقها قال الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى إن لم يكن وقت للإمساك وقتا لا يعود مهرها على الزوج وإن وقت وقتا فطلقها قبل ذلك الوقت كان المهر عليه على حاله فقيل له إذا لم يوقت لذلك وقتا كان قصدها أن يمسكها

---

[1] ٣\٢٨٢

ما عاش قال نعم إلا أن العبرة الإطلاق في اللفظ فإنه ذكر في كتاب الوصايا رجل أوصى لأم ولده بثلث ماله إن لم تتزوج." [١]

"فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فإنها تستحق الثلث بحكم الوصية، امرأة وهبت مهرها من زوجها على أن لا يطلقها فقبل الزوج قال خلف رحمه الله تعالى صحت الهبة طلقها أو لم يطلق لأن ترك الطلاق لا يكون عوضا بقيت هذه **هبة بشرط** فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وذكر في النوازل إذا قالت المرأة لزوجها تركت مهري عليك على أن تجعل أمري بيدي ففعل الزوج ذلك قال مهرها عليه ما لم تطلق نفسها، ولو قالت المرأة كابين ترابخشيدم جنك أزمن بازدار إن لم يطلق لا يبرأ من المهر لأنها جعلت المهر عوضا عن الطلاق فما لم يطلق لا يبرأ المرأة إذا أرادت أن يتزوجها الذي طلقها فقال لها المطلق لا أتزوجك حتى تهبيني مالك علي فوهبت مهرها الذي عليه على أن يتزوجها ثم أبى أن يتزوجها قالوا مهرها عليه [٢] على حاله تزوجها أو لم يتزوجها لأنها جعلت المال على نفسها عوضا عن النكاح في النكاح والعوض لا يكون على المرأة، امرأة تقول لزوجها إنك تغيب عني كثيرا فإن مكثت معي ولا تغب فقد وهبت منك الحائط الذي لي في مكان كذا فمكث معها زمانا ثم طلقها قالوا هذه المسألة على خمسة أوجه، إن كان كلامها عدة منها لا هبة للحال لا يكون الحائط للزوج لأن بالوعد لا يملك، وإن كانت وهبت منه وسلمت إليه والزوج وعدها أن يمكث معها يكون الحائط للزوج لأنها وهبت للحال ولم تعلقها بشرط وإنما شرطت عليه شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، والوجه الثالث أن تقول المرأة وهبت منك الحائط إن مكثت معي فقبل الزوج ذلك كانت باطلة لأنها علقت الهبة بالشرط والهبة لا تحتمل التعليق بالشرط، والوجه الرابع أن تقول المرأة وهبت منك على أن تمكث معي قال أبو القاسم الصفار رحمه الله تعالى في هذا الوجه يكون الحائط للزوج، وعلى ما قال محمد بن مقاتل ونصير رحمهما الله تعالى فيما تقدم لا يكون للزوج والاعتماد على ما قالا لأنها ما رضيت إلا بهذا الشرط، والوجه الخامس أن تصالح المرأة زوجها على أن يمكث معها على أن يكون الحائط هبة للزوج وفي هذا الوجه لا يكون الحائط للزوج أيضا فالصلح باطل، رجل وهب لرجل أرضا وسلمها إليه وشرط أن ينفق الموهوب له على الواهب من الخارج كانت الهبة فاسدة، بخلاف ما إذا كانت الهبة كرما وشرط أن ينفق الموهوب له على الواهب من

---

(١) قاضي إمام فخر الدين خان، ١٥٦/٣

(٢) ٣\٢٨٣

ثمرته فإن ثمة تصح الهبة ويبطل الشرط وقد ذكرنا، رجل قال لمديونه إن لم تقض مالي عليك حتى تموت فأنت في حل فهو باطل لأنه تعليق و البرآت لا تحتمل التعليق، ولو قال رب الدين إذا مت فأنت في حل فهو جائز لأن هذه وصية، ولو قالت لزوجها المريض إن مت من مرضك هذا فأنت في حل من مهري أو قالت فمهري عليك صدقة فهو باطل لأن هذه مخاطرة وتعليق، ولو قال الطالب مديونه إذا مت فأنا بريء من الدين الذي لي عليك جاز ويكون وصية من الطالب للمطلوب، ولو قال إن مت فأنا بريء من ذلك الدين لا يبرأ وهو مخاطرة كقوله إن دخلت الدار فأنت بريء مما لي عليك لا يبرأ، ولو قالت المريضة لزوجها إن مت من مرضي هذا فمهري عليك صدقة أو قالت فأنت في حل من مهري فماتت من ذلك المرض كان مهرها على زوجها لأن هذه مخاطرة فلا يصح.فصل في الصدقة." (١)

"ثلاثة أيام يصح اتخاذ المسجد و يبطل الخيار * رجل وقف داره يوما أو شهرا أو وقتا معلوما و لم يزد على ذلك جاز الوقف و يكون الوقف أبدا * و لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة شهرا فإذا مضى شهر فالوقف باطل كان الوقف باطلا في الحال في قول هلال رحمه الله تعالى لأن الوقف لا يجوز إلا مؤبد فإذا كان التأبيد شرطا لا يجوز مؤقتا * و لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة على فلان سنة بعد موتي فإذا مضت السنة فالوقف باطل كان وصية لفلان سنة بعد موته ثم يصير وصية للمساكين فيصرف غلتها إلى المساكين * و لو قال أرضي موقوفة على فلان سنة بعد موتي و لم يزد على ذلك فإن الغلة تكون لفلان سنة ثم بعد سنة تصير إلى الورثة * و لو قال إذا جاء غد أرضي صدقة موقوفة أو قال إذا ملكت هذه الأرض فهي صدقة موقوفة لا يجوز لأنه تعليق و الوقف لا يحتمل التعليق بالخطر لأنه لا يحلف به فلا يصح تعليقه كما لا يصح **تعليق الهبة** بخلاف النذر لأنه يحتمل التعليق و يحلف به * ول لو قال أرضي بعد وفاتي موقوفة سنة جاز و تصير الأرض موقوفة أبدا لأنه في معنى الوصية * بخلاف إذا لم يضف إلى ما بعد الموت فقال أرضي موقوفة سنة لأن ذلك ليس بوصية بل هو محض تعليق أو إضافة * فالحاصل أنه على قول هلال رحمه الله تعالى أنه إذا شرط في الوقف شرطا يمنع التأبيد لا يصح الوقف * و لو قال أرضي صدقة موقوفة على أن لي إبطالها كان الوقف باطلا على قول هلال رحمه الله تعالى و قال يوسف بن خالد رحمه الله تعالى الوقف جائز و الشرط باطل وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وقت الخيار ليس بمعلوم فينبغي ألا يجوز الوقف(١) * ولو قال أرضي صدقة موقوفة على أن أصلها لي أو على أنه لا يزول ملكي عن أصلها

---

(١) قاضي إمام فخر الدين خان، ١٥٧/٣

أو على أن أبيع أصلها و أتصدق بثمنها كان الوقف باطلا * و كذا لو قال أرضي صدقة موقوفة إن شئت أو أحببت أو هويت كان الوقف باطلا في قولهم لأن هذا تعليق و تعليق الوقف بالشرط باطل في قولهم * ولو قال أرضي صدقة موقوفة أن شئت ثم قال شئت كان الوقف باطلا لما قلنا أنه تعليق * و لو قال شئت و جعلتها صدقة موقوفة صح لأنه ابتداء وقف * و إذا شرط الخيار في الوقف لم يصح الوقف في قول هلال رحمه الله تعالى فلو أنه أبطل الخيار بعد ذلك لا يصير الوقف جائزا * بخلاف ما لو شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام ثم أبطل الخيار قبل الأيام الثلاثة ينقلب البيع جائزا لأن الوقف لا يجوز إلا مؤبدا و شرط الخيار يمنع التأبيد فكان شرط الخيار شرطا فاسدا في نفس العقد أما الخيار لا يمنع جواز البيع إنما يفسد البيع إذا شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام لامتناع لزوم العقد بعد الأيام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب العقد * ولو أن رجلا قال إن كانت هذه الأرض في ملكي فهي صدقة موقوفة فإنه ينظر إن كانت في ملكه وقت التكلم صح الوقف و إلا فلا لأن التعليق بشرط كائن تنجيز * رجل وقف أرضا لرجل آخر في بر سماه ثم ملك الأرض لم يجز و إن أجاز المالك جاز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى * رجل قال أرضي صدقة موقوفة لله تعالى أبدا على أن أبيعها و أشتري بثمنها أرضا أخرى فتكون وقفا على شروط الأولى قال هلال رحمه الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الوقف والشرط جائزان * و قال يوسف بن خالد رحمه الله تعالى الوقف صحيح و الشرط باطل * و قال بعضهم هما فاسدان و الصحيح قول هلال و أبي يوسف رحمهما الله تعالى لأن هذا شرط لا يبطل حكم الوقف فإن الوقف مما يحتمل الانتقال من أرض إلى أرض أخرى و يكون الثاني قائما مقام الأول فإن أرض الوقف إن غصبها غاصب و أجرى الماء عليها حتى صار بحرا لا يصلح للزراعة يضمن قيمتها و يشتري بقيمتها أرضا أخرى فتكون الثانية وقفا على وجه الأولى * و كذلك أرض الوقف إذا قل نزلها لآفة و صارت بحيث لا تصلح للزراعة أو لا تفضل غلتها عن مؤنها يكون صلاح الوقف في الاستبدال بأرض أخرى فيصح شرط ولاية الاستبدال و إن لم يكن للحال ضرورة داعية إلى الاستبدال و إن كان الواقف قال في أصل الوقف على أن أبيعها على ما بدا لي من الثمن من قليل أو كثير أو قال على أن أبيعها و أشتري بثمنها عبدا أو قال أبيعها ولم يزد على ذلك قال هلال رحمه الله تعالى هذا الشرط فاس يفسد به الوقف لأن هذا شرط ولاية إبطال الوقف كأنه قال على أن أبطلها و إنما لا يبطل الوقف إذا شرط الاستبدال بأرض أخرى لأن ذلك نقل و تحويل * و أجمعوا على أن الواقف إذا شرط الاستبدال لنفسه في أصل الوقف يصح الوقف و الشرط و يملك الاستبدال

* أما بدون الشرط أشار في السير أنه لا يملك الاستبدال إلا القاضي إذا رأى المصلحة في ذلك * و لو قال الواقف في الوقف على أن أبيعها و أشتري بثمنها أرضا أخرى و لم يزد على هذا القياس يبطل الوقف لأنه لم يذكر إقامة أرض أخرى مقام الأولى و في الاستحسان يصح الوقف لأن الأرض الأولى_____________(١) قوله فينبغي أن لا يجوز الوقف في بعض النسخ فينبغي أن يجوز الوقف و يبطل الشرط كتبه مصححه." (١)

"(٢)بالنفس الطالب على مال لا يجب المال وهل يبرأ عن الكفالة في رواية عن أبي حفص رحمه الله تعالى يبرأ ولا يبرأ وفي رواية أبي سليمان رحمه الله تعالى ولو أن أجنبيا قال للشفيع أصالحك على كذا من الدراهم على أن تسلم الشفعة ولم يفل لي فقبل الشفيع لا يجب المال على الأجنبي ولا تبطل شفعته.ولو قال الشفيع للبائع سلمت لك بيعك أو قال للمشتري سلمت لك شراءك بطلت شفعته وإن قال لأجنبي سلمت لك شراء هذه الدار لم يكن ذلك تسليما ولا تبطل شفعته. وإن قال الشفيع للمشتري سلمت هذه الدار لك أو شفعة هذه الدار لك إن كنت اشتريتها لنفسك وقد كان المشتري اشتراها لغيره لا تبطل شفعته لأنه علق التسليم بالشرط وتسليم الشفعة إسقاط يحتمل التعليق والمعلق بالشرط لا ينزل عند عدم الشرط. ولو أن الشفيع قال للمشتري سلم لي نصف الدار بالشفعة فأبى المشتري لا تبطل شفعته وهو الصحيح. وكذا لو قال الشفيع أنا شفيع هذه الدار سلم لي نصفها بالشفعة فأسلم لك النصف الباقي فأبى المشتري لا تبطل شفعته.ولو أن البائع والمشتري قالا للشفيع أبرئنا عن كل خصومة لك قبلنا ففعل وهو لا يعلم ثبوت الشفعة بطلت شفعته قضاء ولا تبطل فيما بينه وبين الله تعالى. وهو كرجل قال لغيره اجعلني في حل ففعل ولم يعلم بما له قبله في القضاء يبرأ عما له عليه ولا يبرأ فيما بينه وبين الله تعالى.ولو أن رجلا أوصى بداره لرجل فلم يعلم به الموصى له ومات الموصي وبيعت دار بجنب دار الوصية ثم قبل الموصى له الوصية فلا شفعة للموصى له في الدار الثانية لأنه لم يملك الوصية قبل القبول فلا يكون جار الدار الثانية ولو أن الموصى له مات قبل أن يعلم بالوصية ثم بيعت الدار الثانية بجنبها فادعى ورثة الموصى له الشفعة في الدار الثانية كان لهم ذلك لأن موت الموصى له قبل القبول يكون قبولا للوصية وصارت الوصية ميراثا عنه لورثته فإذا ثبت الملك للورثة تحقق لهم سبب الشفعة وهو الجوار. وأما الحيل في إبطال الشفعة ذكر الخصاف

---

(١) قاضي إمام فخر الدين خان، ١٧٢/٣

(٢) ٥٥٤

رحمه الله تعالى فيه منها ما يكون تزهيدا عن طلب الشفعة ومنها ما يكون إبطالا أما ما يكون إبطالا فمنها أن يهب البائع الدار للمشتري ويشهد على الهبة والمشتري يهب الثمن للبائع ويشهد عليها فلا تثبت الشفعة إذا لم تكن **الهبة بشرط** العوض إلا أن هذه الحيلة لا يملكها بعض الناس لأنها تبرع ومن الناس من لا يملك التبرع كالأب والوصي وغيرهما. ومنها أن يتصدق بالدار على إنسان ثم المشتري يتصدق بمثل الثمن على البائع وهي والهبة سواء إلا أن في الهبة للأجنبي يملك الرجوع وفي الصدقة لا يملك الرجوع. ومنها أن [١]يهب جزأ شائعا من الدار ثم يترافعان إلى القاضي الذي يرى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة جائزة فيحكم بجواز الهبة ثم يبيع بقية الدار منه فيكون الموهوب له مقدما على الجار. ومنها أن يهب الدار بشرط العوض إلا أن هذا على الرواية التي لا تثبت الشفعة في **الهبة بشرط** العوض أما في الروايات الظاهرة تثبت الشفعة في **الهبة بشرط** العوض فإن أراد أن لا يأخذ الشفيع في ظاهر الرواية ينبغي أن يأخذ الموهوب له الدار إلا جزأ منها ويأخذ الواهب كل العوض إلا دانقا فلا تثبت الشفعة للشفيع فإن في **الهبة بشرط** العوض قالوا إنما يثبت الملك للموهوب له إذا قبض الكل أما إذا لم يقبض الكل لا يثبت له الملك ولا ينقطع حق الواهب ويكون للواهب أن يرجع من غير قضاء ولا رضا روي ذلك عن محمد رحمه الله تعالى نصا فيكون هذا كالبيع بشرط الخيار للبائع وثم لا تثبت الشفعة للشفيع ما بقي حق البائع. هذا إذا كان الموهوب شيئا يحتمل القسمة فإن كان لا يحتمل القسمة كالبيت الصغير والحانوت إذا وهب منها جزأ معلوما شائعا جاز عند الكل ولا يكون للجار أن يأخذ بالشفعة. ومنها أن يشتري البناء أولا في صفقة ثم يشتري العرصة بثمن غال فلا تثبت الشفعة في البناء لأنه نقلى ولا يرغب الشفيع في أخذ العرصة بثمن غال فكان تزهيدا وكذا لو وهب البناء بأصله ثم يشتري العرصة بثمن غال وكذلك في الكروم والأراضي. وفي هذه الفصول إذا أراد الشفيع أن يحلف البائع أو المشتري بالله ما فعل ذلك فرارا عن الشفعة إن أراد تحليف البائع ليس له ذلك لأن نكوله لا يكون حجة على المشتري.و إن أراد تحليف المشتري فكذلك لأنه يدعي عليه شيئا لو أقر به لا يلزمه.ومن الحيلة أن يشتري سهما معلوما بثمن غال في صفقة ثم يشتري الباقي بثمن يسير فلا يرغب الشفيع فيما باع أولا لكثرة الثمن وبدونه لا يملك أخذ الباقي لأن المشتري يصير شريكا فيكون مقدما على الجار. ومنها أن يشتري الدار بثمن غال ثم يأخذ البائع بذلك الثمن بدلا آخر فلا يرغب الشفيع أن يأخذ الدار بالثمن لكثرته ولا يكون له أن يأخذها بالبدل الثاني لأن الثاني بدل عن الثمن لا عن الدار. وذكر

---

(١) ٥٥٥

الخصاف رحمه الله تعالى حيلة لم يرويها عن محمد رحمه الله تعالى وهي أن يدعي إن الدار لأبن صغير له في يد هذا الرجل ثم أن المدعي يصالح الذي في بيده." (١)

" الطلوع ، وهذا هو الصحيح والله أعلم . أما : إذا تبايعا نهارا بشرط الخيار إلى الليل أو ليلا بشرط الخيار إلى النهار ، فيصح البيع بلا خلاف ، ولا يدخل الزمن الآخر إلى الشرط بلا خلاف عندنا ، وحكى القاضي أبو الطيب في تعليقه عن أبي حنيفة أنه قال : يدخل ، لأن لفظة إلى قد تستعمل بمعنى مع كقوله تعالى : ﴿ ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم ﴾ النساء : ٢ دليلنا أن أصل إلى الغاية فهذا حقيقتها ، فلا تحمل على غيره عند الإطلاق ، وأما استعمالها بمعنى مع في بعض المواطن ففيه جوابان أحدهما : أنها مؤولة ، ففي الآية المذكورة تقديره مضافة إلى أموالكم والثاني : أنها استعملت بمعنى مع مجازا فلا يصير إلى المجاز في غيرها بغير قرينة ، ولأنهم وافقونا على أنه لو باع بثمن مؤجل إلى رمضان لا يدخل رمضان في الأجل والله أعلم . الرابعة : إذا شرطا الخيار ثلاثة أيام أو غيرها ثم أسقطاه قبل انقضاء المدة سقط ، لما ذكره المصنف ، وكذا لو أسقط أحدهما خياره سقط وبقي خيار الآخر ، ولو أسقطا اليوم الأول سقط الجميع ، ولو أسقطا الثالث لم يسقط ما قبله ، قال القاضي حسين والبغوي والمتولي : فلو قال : أسقطت الخيار في اليوم الثاني بشرط أنه يبقى في الثالث سقط خياره في اليومين جميعا ، لأنه كما لا يجوز أن يشرط خيارا متراخيا عن العقد ، لا يجوز أن يستبقى خيارا متراخيا ، وإنما يجوز أن يستبقى اليومين تغليبا للإسقاط ، لأن الأصل لزوم العقد وإنما جوزنا الشرط لأنه رخصة ، فإذا عرض له ذلك حكم بلزوم العقد ، والله أعلم . الخامسة : فيما يثبت فيه خيار الشرط من العقود ، قال أصحابنا : جملة القول فيه أنه مع خيار المجلس متلازمان غالبا ، لكن خيار المجلس أسرع وأولى ثبوتا من خيار الشرط ، فقد ينفكان لهذا ، فإذا أردت التفصيل فراجع ما سبق في خيار المجلس ، وهما متفقان في صورة الوفاق والخلاف إلا في أشياء : أحدها : أن البيوع التي يشترط فيها التقابض في المجلس كالصرف وبيع الطعام بالطعام أو القبض في أحد العوضين كالسلم لا يجوز شرط الخيار فيها بلا خلاف ، مع أن خيار المجلس يثبت فيها ، ودليل المسألة مذكور في الكتاب ، وقد أهمل المصنف ذكر السلم هنا ، ولكنه ذكره في كتاب السلم . الثاني : أن خيار الشرط لا يثبت في الشفعة بلا خلاف وكذا لا يثبت في الحوالة ، وفي خيار المجلس فيهما خلاف سبق . الثالث : أنه إذا كان رجع في سلعة باعها ثم حجر على المشتري بالفلس لا يثبت فيها خيار

(١) قاضي إمام فخر الدين خان، ٣٤٧/٣

الشرط بلا خلاف ، وفي خيار المجلس خلاف ضعيف سبق . الرابع : في الهبة بشرط ، وفي الإجارة طريق قاطع بأنه لا يثبت خيار الشرط مع جريان الخلاف في ثبوته في خيار المجلس . وأما : شرط الخيار في الصداق فسيأتي في كتاب

". (١)

" عوضا في صلح ، ولا إسلامه في شيء ، ولا التولية فيه ، ولا الاشتراك ، وفي التولية والاشتراك وجه ضعيف . فرع : قال أصحابنا : المال المستحق للإنسان عند غيره قسمان دين وعين أما الدين فقد ذكره المصنف في هذا الفصل بعد هذا . وسنوضحه إن شاء الله تعالى وأما العين فضربان أمانة ومضمون الضرب الأول : الأمانة فيجوز للمالك بيع جميع الأمانات قبل قبضها ، لأن الملك فيها تام وهي كالوديعة في يد المودع ، ومال الشركة والقراض في يد الشريك والعامل ، فالمال في يد الوكيل في البيع بعد فكاك الرهن ، وفي يد المستأجر بعد فراغ المدة ، والمال في يد الولي بعد بلوغ الصبي ورشده ، ورشد السفيه ، وإفاقة المجنون ، وما كسبه العبد باصطياد واحتطاب واحتشاش ونحوها ، أو قبله بالوصية قبل أن يأخذه السيد من يده ، وما أشبه ، هذا كله يجوز بيعه قبل قبضه . ولو ورث مالا فله بيعه قبل قبضه إلا إذا كان المورث لا يملك بيعه أيضا ، بأن اشتراه ولم يقبضه . ولو اشترى من مورثه شيئا ومات المورث قبل التسليم فله بيعه قبل قبضه ، سواء كان على المورث دين أم لا ، فإن كان عليه دين تعلق الغريم بالثمن ، فإن كان له وارث آخر لم ينفذ بيعه في قدر نصيب الآخر ، حتى يقبضه ، ولو أوصى له إنسان بمال فقبل الوصية بعد موت الموصى فله بيعه قبل قبضه ، وإن باعه بعد الموت وقبل القبول جاز إن قلنا تملك الوصية بالموت وإن قلنا : بالقبول أو موقوف فلا . الضرب الثاني : المضمونات وهي نوعان ، الأول المضمون بالقيمة ، ويسمى ضمان اليد فيصح بيعه قبل قبضه لتمام الملك فيه ويدخل فيه ما صار مضمونا بالقيمة بعقد مفسوخ وغيره ، حتى لو باع عبدا وجد المشتري به عيبا وفسخ البيع كان للبائع بيع العبد قبل أن يسترده ويقبضه ، قال المتولي : إلا إذا لم يؤد الثمن ، فإن للمشتري حبسه إلى استرجاع الثمن فلا يصح بيعه قبله قال : وقد نص الشافعي على هذا . ولو فسخ السلم لانقطاع المسلم فيه كان للمسلم بيع رأس المال قبل استرداده . ولو باع سلعة فأفلس المشتري بالثمن وفسخ به البائع فله بيعها قبل قبضها . ويجوز بيع المال في يد

---

(١) المجموع، ١٨٢/٩

المستعير والمستأجر ، وفي يد المشتري شراء فاسدا ، والمثبت هبة فاسدة ، ويجوز بيع المغصوب للغاصب . النوع الثاني : المضمون بعوض في عقد معاوضة ، لا يصح بيعه قبل قبضه ، وذلك كالبيع والأجرة والعوض المصالح عليه عن المال ، والعوضين في **الهبة بشرط** ثواب ، حيث صححناها ، ودليله الحديث ، وعللوه بعلتين إحداهما : ضعف الملك لتعرضه للانفساخ بتلفه والثاني : توالي الضمان ، ومعناه أن يكون مضمونا في حالة

". (١)

"ذا شرطا الخيار ثلاثة أيام أو غيرها ثم أسقطاه قبل انقضاء المدة سقط لما ذكره المصنف وكذا لو أسقط أحدهما خياره سقط وبقى خيار الآخر ولو أسقطا اليوم الاول سقط الجميع ولو أسقطا الثالث لم يسقطما قبله قال القاضى حسين والبغوى والمتولي فلو قال أسقطت الخيار في اليوم الثاني بشرط انه يبقى في الثالث سقط خياره في اليومين جميعا لانه كما لا يجوز ان يشرط خيارا متراخيا عن العقد لا يجوز ان يستبقى خيارا متراخيا وانما يجوز ان يستبقى اليومين تغليبا للاسقاط لان الاصل لزوم العقد وانما جوزنا الشرط لانه رخصة فإذا عرض له ذلك حكم بلزوم العقد والله اعلم * (الخامسة) فيما يثبت فيه خيار الشرط من العقود قال اصحابنا جملة القول فيه انه مع خيار المجلس متلازمان غالبا لكن خيار المجلس أسرع وأولى ثبوتا من خيار الشرط فقد ينفكان لهذا فإذا أردت التفصيل فراجع ما سبق في خيار المجلس وهما متفقان في صور الوفاق والخلاف الا في أشياء (أحدها) أن البيوع التى يشترط فيها التقابض في المجلس كالصرف وبيع الطعام بالطعام أو القبض في أحد العوضين كالسلم لا يجوز شرط الخيار فيها بلا خلاف مع أن خيار المجلس يثبت فيها ودليل المسألة مذكور في الكتاب وقد أهمل المصنف ذكر السلم هنا ولكنه ذكره في كتاب السلم (الثاني) أن خيار الشرط لا يثبت في الشفعة بلا خلاف وكذا لا يثبت في الحواله وفى خيار المجلس فيهما خلاف سبق (الثالث) أنه إذا كان رجع في سلعة باعها ثم حجر على المشترى بالفلس لا يثبت فيها خيار الشرط بلا خلاف وفى خيار المجلس خلاف ضعيف سبق (الرابع) في **الهبة بشرط** الثواب وفى الاجارة طريق قاطع بأنه لا يثبت خيار الشرط مع جريان الخلاف في ثبوته في خيار المجلس (وأما) شرط الخيار في الصداق فسيأتي في كتاب الصداق إن شاء الله تعالى إيضاحه

---

(١) المجموع، ٢٥٣/٩

وتفصيله ومختصره أن الاصح صحة النكاح وفساد المسمى ووجوب مهر المثل وانه لا يثبت الخيار والله تعالى أعلم * (فرع) قال جماعة من أصحابنا قد اشتهر في الشرع أن قوله لا خلابة عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة أيام فإذا أطلق المتعاقدان هذه اللفظة وهما عالمان بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط وإن كانا جاهلين لم يثبت الخيار قطعا فان علمه البائع دون المشترى فوجهان مشهوران حكاهما المتولي." (١)

"الغريم بالثمن فان كان له وارث آخر لم ينفذ بيعه في قدر نصيب الآخر حتى يقبضه ولو أوصى له انسان بمال فقبل الوصية بعد موت الموصى فله بيعه قبل قبضه وإن باعه بعد الموت وقبل القبول جاز (إن قلنا) تملك الوصية بالموت (وإن قلنا) بالقبول أو موقوف فلا * (الضرب الثاني) المضمونات وهى نوعان الاول المضمون بالقيمة ويسمى ضمان اليد فيصح بيعه قبل قبضه لتمام الملك فيه ويدخل فيه ما صار مضمونا بالقيمة بعقد مفسوخ وغيره حتى لو باع عبدا فوجد المشترى به عيبا وفسخ البيع كان للبائع بيع العبد قبل أن يسترده ويقبضه قال المتولي الا إذا لم يؤد الثمن فان للمشترى حبسه إلى استرجاع الثمن فلا يصح بيعه قبله قال وقد نص الشافعي على هذا * ولو فسخ السلم لانقطاع المسلم فيه كان للمسلم بيع رأس المال قبل استرداده * ولو باع سلعة فافلس المشترى بالثمن وفسخ به البائع فله بيعها قبل قبضها ويجوز بيع المال في يد المستعير والمسأجر وفى يد المشترى شراء فاسدا والمثبت هبة فاسدة ويجوز بيع المغصوب للغاصب (النوع الثاني) المضمون بعوض في عقد معاوضة لا يصح بيعه قبل قبضه وذلك كالمبيع والاجرة والعوض المصالح عليه عن المال والعوضين في الهبة بشرط ثواب حيث صححناها ودليله الحديث وعللوه بعلتين (إحداهما) ضعف الملك لتعرضه للانفساخ بتلفه (والثانى) توالى الضمان ومعناه أن يكون مضمونا في حالة واحدة لاثنين وهذا مستحيل فانه لو صححنا بيعه كان مضمونا للمشترى الاول على البائع الاول والثاني على الثاني وسواء باعه المشترى للبائع أو لغيره لا يصح هكذا قطع به العراقيون وكثيرون أو الاكثرون من الخراسانيين وحكى جماعة من الخراسانيين وجها شاذا ضعيفا أنه يجوز بيعه للبائع تفريعا على العلة الثانية وهى توالى الضمان فانه لا يتوالى إذا كان المشتري هو البائع لانه لا يصير في الحال مقبوضا له أو بعد لحظة بخلاف الأجنبي والمذهب بطلانه كالأجنبي قال المتولي والوجهان فيما إذا باعه بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة والا فهو اقالة بصيغة البيع * ولو رهنه عند البائع أو وهبة له فطريقان

---

(١) المجموع، ٩/١٩٢

(أحدهما) القطع بالبطلان (وأصحهما) أنه على الخلاف كغيرهفان جوزناه فاذن له في القبض فقبض ملك في صورة الهبة وتم الرهن ولا يزول ضمان البيع في صورة الرهن بل إن تلف." [١]

"والوجه الثاني: وهو ظاهر المذهب أن حكم الوصايا أغلب عليه لامرين.أحدهما اعتباره من الثلث، والثاني: ملك الشقص من لم يملك الخدمة.وأما ما اختلف قوله في وجوب العوض فعقد الهبة اختلف قوله في وجوب المكافأة عليها فقال في القديم والاملاء بالوجوب، فعلى هذا تجب الشفعة بهما بالثواب الذى تجب به المكافأة، فعلى هذا لو شرط الثواب فيها قدرا معلوما كانعلى قولين.أحدهما قاله في الاملاء: إن الهبة جائزة والشفعه فيها واجبة بالثواب المشروط، لانها إذا صحت مع الجهل بالثواب كانت مع العلم به أصح.والقول الثاني: إن **الهبة بشرط** الثواب باطله، والشفعه فيها ساقطه لان العوض فيها يجعلها بيعا والبيع بلفظ الهبة باطل، فهذا حكم الهبة على قوله في القديم والاملاء.وقال في الجديد: ان المكافأة على الهبة غير واجبه، فعلى هذا لا شفعة بها، ويكون في انتقال الملك بها في سقوط الشفعة به كانتقاله بالميراث فهذا حكم الفصل.وأما القسم الثاني: وهو ما تجب فيه الشفعه فهى عراص الارضين وما يتبعها متصلا دون غيرها، وهى على ثلاثة أنواع، أحدها ما وجب في الشفعه معقودا وهى عراص الارضين المحتمله للقسمة الجبريه، فان لم تحتملها لصغرها كطريق ضيقه وبياض يسير فلا شفعة هكذا حكاه الماوردى.وقال أبو العباس بن سريج: يجب فيه الشفعة تعليلا بسوء المشاركة، واستدامة الضرر بها لتعذر القسمة، وبه قال أبو حنيفة.وعند الشافعي أنه لا شفعه فيها تعليلا في وجوبها بالخوف من مؤونة القسمه وأن ما لا يقسم جبرا فلا شفعة فيه لارتفاع الضرر بمؤونة القسمة.وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله " لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة ولا ركح ولا رهوة " رواه أبو الخطاب من أصحاب الامام أحمد في رءوس المسائل، والمنقبة الطريق الضيقة تكون بين الدارين والركح بضم الراء ناحية البيت من ورائه وما كان فضاء للسابلة والمارة، والرهوة الجوبة تكون في محلة القوم يسيل فيها ماء المطر وغيره.." [٢]

"انقطع خيار المجلس واستؤنف خيار الشرط ولو أسقطا الخيار قبل التفرق بطل خيار المجلس ولا يبطل الاخر في اصح الوجهين لانه غير ثابت بعد ولو شرطا الاحتساب من وقت العقد فوجهان (أصحهما) صحة العقد والشرط وبناهما الامام على التعليلين السابقين ان عللنا باجتماع الخيارين بطلا وإلا صحا لان

---

(١) المجموع، ٩/٢٦٦

(٢) المجموع، ١٤/٣٠٧

التصريح بالاحتساب من العقد يبين أنه ما اراد بالشرط ما بعد التفرق ولو شرط الخيار بعد العقد وقبل التفرق وقلنا بثبوته فالحكم على الوجه الثاني لا يختلف وعلى الاول فالاحتساب من وقت الشرط لا من وقت العقد ولا من وقت التفرق هذا شرح احدى مسألتي الفصل (والثانية) لمن له خيار الشرط من المتعاقدين فسخ العقد حضر صاحبه أو غاب وبه قال مالك واحمد * وقال ابو حنيفة ليس له الفسخ الا بحضور صاحبه * لنا أنه احد طرفي الخيار فلا يتوقف على حضور المتعاقدين كالاجازة وايضا فانه إذا لم يفتقر في رفع العقد إلى صاحبه وجب ان لا يفتقر إلى حضوره كما لو طلق زوجته ولا يفتقر نفوذ هذا الفسخ إلى الحاكم لانه فسخ متفق على ثبوته بخلاف الفسخ بالعنة فانه مختلف فيه والله اعلم * قال (ويثبت خيار الشرط في كل معاوضة محضة مما هو بيع الا في التصرف والسلم وما يستعقب العتق من البيوع) * غرض الفصل بيان ما يثبت فيه خيار الشرط من العقود وما لا يثبت والقول الجملي فيه أنه مع خيار المجلس يتلازمان في الاغلب لكن خيار المجلس أسرع وأولى ثبوتا من خيار الشرط لان زمان المجلس أقصر غالبا فربما انفكا لذلك فان أردت التفصيل فراجع ما سبق في خيار المجلس (واعلم) أنهما متقاربان في صور الخلاف والوفاق الا أن البيوع التي يشترط فيها التقابض في المجلس كالصرف وبيع الطعام بالطعام أو القبض في أحد العوضين كالسلم لا يجوز شرط الخيار فيها وان ثبت خيارالمجلس لان ما يشترط فيه القبض لا يحتمل فيه التأجيل والخيار أعظم غررا من الاجل لانه مانع من الملك أو من لزومه فهو يولي بان لا يحتمل وأيضا فالمقصود من اعتبار القبض أن يتفرقا ولا علقة بينهما تحرزا من الربا أو من بيع الكالي بالكالي ولو اثبتنا الخيار لبقيت العلقة بينهما بعد التفرق إلا أن خيار الشرط لا يثبت في الشفعة بلا خلاف وكذا في الحوالة على ما حكاه العراقيون مع نقلهم الخلاف في خيار المجلس * قال الامام ولا أعرف فرقا بين الخيارين الا أن الوجه الغريب المذكور في خيار المجلس للبائع من المفلس لم يطرد ههنا والا أن في الهبة بشرط الثواب طريقة عن القاضي." (١)

"وقيمته ان كان متقوما أقل ما كانت من يوم البيع إلى القبض لانها ان كانت يوم العقد أقل فالزيادة حدثت في ملك البائع وإن كانت يوم القبض أقل فالنقصان من ضمان المشتري ويشبه أن يجئ فيه الخلاف المذكور في اعتبار الارش ويجوز الاستبدال عنه كما في القرض وخروجه عن ملكه بالبيع ونحوه كالتلف * ولو خرج وعاد فهل يتعين لاخذ المشتري أو للبائع إبداله فيه وجهان أصحهما أولهما وإن كان الثمن باقيا

---

(١) الشرح الكبير للرافعي، ٣١٤/٨

بحاله فان كان معينا في العقد أخذه وإن كان في الذمة وبعده ففي تعيينه لاخذ المشتري وجهان وان كان ناقصا نظر ان تلف بعضه أخذ الباقي وبدل التالف وإن رجع النقصان إلى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الارش في أصح الوجهين كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها مجانا * (فرع) لو لم تنقص القيمة بالعيب كما لو خرج العبد خصيا فلا ارش كما لا رد * (فرع) اشترى عبد بشرط العتق ثم وجد به عيبا بعد ما أعتقه * نقل القاضي ابن ك ج عن أبي الحسين العبادي أنه لا ارش له ههنا لانه وان لم يكن معيبا لم يمسكه ونقل عنه وجهين فيما إذا اشترى من يعتق عليه ثم وجد به عيبا قال وعندي له الارش في الصورتين * (الحالة الثالثة) إذا زال ملكه عن المبيع ثمعرف العيب فلا رد في الحال وهل يرجع بالارش ان زال الملك بعوض **كالهبة بشرط** الثواب والبيع فقولان (أحدهما) نعم لتعذر الرد كما لو مات العبد وأعتقه وهذا مخرج خرجه ابن سريج وفي رواية البويطي ما يقتضيه وعلى هذا لو أخذ الارش ثم رد عليه مشتريه بالعيب فهل برده مع الارش ويسترد الثمن فيه وجهان (أصحهما) وهو المنصو ص انه لا يرجع بالارش ولم لا يرجع قال أبو إسحق وابن الحداد لانه استدرك الظلامة وروج المعيب كما روج عليه وقال ابن أبى هريرة لانه لم ييأس من الرد فربما يعود إليه ويتمكن من رده وهذا اصح المعنيين عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبى الطيب ورأيته منصوصا عليه في اختلاف العراقيين وان زال الملك بغير عوض على تخريج ابن سريج يرجع بالارش وعلى المنصوص فيه وجهان مبنيان على المعنيين إن عللنا بالاول يرجع لانه لم يستدرك الظلامة وان عللنا." [(١)]

" (المادة ١٠٤) الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما . فمتعلق الإيجاب والقبول هو البيع الذي يكون موجودا ومقدور التسليم ومالا متقوما مع الثمن . والأثر : هو أن يصبح البائع مالكا للثمن والمشتري مالكا للمبيع . والانعقاد : يختص بالبيع الصحيح مطلقا وبالبيع الفاسد بعد حصول القبض أما البيع الباطل فلا يوجد فيه انعقاد (راجع المواد ٣٦٩ و ٣٧٠ و ٣٧١) وسنأتي في المادة (٣٦١) على الصورة التي يكون فيها البيع منعقدا . (المادة ١٠٥) البيع : مبادلة مال بمال ويكون منعقدا وغير منعقد . يعني أن البيع هو تمليك مال مقابل مال على وجه مخصوص ويقسم باعتباره مطلقا إلى بيع منعقد وغير منعقد . وهذا التعريف كما أنه تعريف للبيع فهو تعريف للشراء أيضا وكما أنه ينطبق على البيع من كل الوجوه فهو منطبق على الشراء من كل وجوهه أيضا . هذا إلا أن بقوله ' مبادلة مال بمال ' تخرج الإجارة والنكاح ؛ لأن الإجارة كما سيجيء في المادة (٤٠٥) هي (

---

(١) الشرح الكبير للرافعي، ٨/٣٤٣

بدل المنفعة) والنكاح هو (مبادلة المال بالبضع) أبو السعود . وتخرج الهبة والإعارة أيضا . أما بقوله (على وجه مخصوص) الوارد في الشرح فيخرج أيضا التبرع **والهبة بشرط** العوض . فالوجه المخصوص للبيع هو استعمال كلمة (بعت واشتريت) أو التعاطي . مثال ذلك : لو وهب شخص آخر مالا وسلمه إليه والموهوب له وهب ذلك الواهب مالا آخر غيره وسلمه إليه أيضا فلا يعد ذلك بيعا ويخرج عن تعريف البيع وإن كان هنالك مبادلة مال بمال ؛ لأنه لم يستعمل في العقد المذكور كلمتي (بعت واشتريت) المختصتين بالبيع . ولرب قائل يقول : ١ – قد اشترط الرضاء في صحة البيع بدليل قوله تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾ وجاء تعريف البيع في كثير من الكتب الفقهية بأنه (مبادلة المال بالمال بالرضاء) فتعريف المجلة غير مانع لأغياره إذ يدخل به بيع المكره . ٢ – بما أن بعض الكتب الفقهية بتعريفها البيع (أنه مبادلة المال بالمال على وجه مخصوص مفيد) قد قيدته بكلمة (مفيد) إخراجا للبيع غير المفيد وهو الذي يقع في مبادلة مالين متساويين وزنا وصفة كمبادلة درهمين فضة بدرهمين فضة مساويين بعضهما البعض وزنا ، وعيارا ، ووصفا والمنفعة في البيع شرط والبيع غير المفيد يكون فاسدا فتعريف المجلة ؛ لأنه لما لم يذكر فيه هذا المقيد كان من هذه الجهة أيضا غير مانع لأغياره . ٣ – بما أن تقسيم البيع الوارد في تعريف المجلة (وهو تقسيم البيع إلى منعقد وغير منعقد) هو

". (١)

" لأن هذا الشرط لا يؤدي إلى النزاع إذ لا فائدة منه لأحد العاقدين والنزاع الذي ينشأ عن مثل هذا الشرط إنما هو عناد وتحكم فعلى هذا إذا اشترى المشتري المبيع على أن يبيعه من آخر أو يهبه أو ألا يركبه ، أو الأثواب على ألا يلبسها ، أو الطعام على ألا يأكله فالبيع صحيح والشرط لغو لا يجب القيام به ' انظر المادة ٨٣ ' ؛ لأن الشروط لا فائدة منها لأحد العاقدين نعم قد يكون في بعض هذه الشروط فائدة للحيوان لكن الحيوان ليس مما له حق وللمشتري بيع ذلك الحيوان أو هبته لمن أراد كما أن له الحق أن يمنعه من المرعى وليس للبائع فسخ البيع لهذه الأسباب وإنما قيل في المثال هنا ' بشرط أن لا يبيعه من آخر ' ولم يقل ' من معين ' لأنه إذا شرط البيع لمعين فالبيع فاسد عند الصاحبين محمد وأبي يوسف . وكذلك إذا اشترى الحيوان بشرط أن لا يقدم له علفا أو أن يذبحه ، أو مالا بشرط ألا يبيعه في البلدة بل يبيعه في

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٩٢/١

بلدة أخرى فالبيع صحيح والشرط باطل عبد الرحيم و (رد المحتار) و (الهندية) وكذلك لو اشترى مالا على أن يبيعه أو يهبه من غير تعيين من يباع منه أو يوهب فالبيع صحيح والشرط لغو أما إذا عين ذلك كأن يشترط على المشتري بيعه من زيد أو هبته لعمر و فالبيع فاسد هندية ' . وكذلك إذا اشترى إنسان من آخر ثمرا ناضجا غير محتاج أن يبقى على الشجر بشرط أن يبقى على الشجر مدة فالبيع صحيح على القول المفتى به ' مجمع الأنهر وهندية ' ؛ لأن هذا الشرط ليس فيه منفعة لأحد العاقدين . وإذا شرط في البيع شرط مضر فالبيع صحيح والشرط لغو كما إذا اشترى إنسان العباءة على أن يمزقها أو الدار على أن يهدمها فالبيع صحيح والشرط باطل ، وكذلك لو شرط في البيع شرط لا يضر ولا ينفع كاشتراط البائع على المشتري أكل الطعام أو لبس الثياب أو سكنى الدار التي باعها منه أو ألا يسكنها غير المشتري فالبيع صحيح والشرط باطل طحطاوي . وكذلك لو عقد البيع على شرط فيه نفع لأجنبي فالبيع صحيح والشرط باطل ' خانية . قهستاني . بحر ' . مثال ذلك : لو باع إنسان من آخر مالا على أن يقرض المشتري إنسانا معينا قرضا فالبيع صحيح والشرط باطل . وكذلك لو باع شخص من آخر دارا وشرط في عقد البيع أن يسكنها شخص معين فالبيع صحيح والشرط باطل . وكذلك كل شرط يفسد البيع فيما لو شرط على أجنبي إذا شرط على البائع فالبيع صحيح والشرط باطل . مثال ذلك أن يبيع إنسان من آخر ماله على أن يهب الشخص الفلاني المشتري عشرين قرشا فالبيع صحيح ، والشرط باطل كأن لم يكن فإذا لم يعط الشخص المذكور الهبة المشروطة فلا يكون المشتري مخيرا بزازية ' وكذلك لو باع إنسان ماله من آخر على أن يقرضه فلان الأجنبي مبلغا فالبيع صحيح والشرط باطل فإذا لم يقرض ذلك الأجنبي البائع المبلغ فلا يكون البائع مخيرا في فسخ البيع خانية ' . ' فائدة : . إذا ذكر المتبايعان شرطا مفسدا للبيع خارج العقد وجرى العقد دون أن يذكر فيه ذلك الشرط ويبنى عليه فالبيع لا يكون فاسدا أما إذا ذكراه داخل العقد وبنيا العقد عليه متفقين فالبيع فاسد . وها هنا مسائل في الشرط الفاسد وذلك أن الحنفية قسموا في مذهبهم شرائط البيع إلى ثلاثة أقسام : جائز ، ومفسد ، ولغو وقد ذكر في المادة ١٨٩ الشرط اللغو ونرى من المناسب أن نذكر في شرح هذه المادة الشرط الفاسد . فالشرط الفاسد أربعة أنواع هندية ' : الأول : ما لم يكن من مقتضيات عقد البيع ، أو المتعارف أو

". (1)

" (رجل قال لآخر : أنت في حل مما أكلت من مالي أو أخذت أو أعطيت حل له الأكل ولا يحل له الأخذ والإعطاء ؛ لأن إباحة الطعام المجهول جائزة فإن من قدم مائدة بين قوم حل لهم الأكل منها وتمليك المجهول باطل) . (٤) وبقيد بلا عوض يخرج البيع والقسمة ؛ لأن العوض شرط في البيع كما أنه شرط في القسمة وهي مبادلة مال بمال كما هو مذكور في المادة (١١١٦) . أسئلة وأجوبتها . يرد على هذا التعريف اعتراض بصور أربع تحتاج للإجابة عليها : ١ - قد ورد في التعريف لفظ المال ، والمال بحسب تعريفه الوارد في المادة (١٢٦) لا يشمل الدين ويخرج بهذا التعريف هبة الدين لغير المديون وهو التمليك الوارد ذكره في المادة (٨٤٨) فعليه يكون هذا التعريف غير جامع لإفراده . إن المال المقصود في هذه المادة هو بمعنى المال المذكور في المادة (٦٣١) وهو المال حالا ومآلا أنه بمعنى المال الأعم فحينئذ صحة التمليك المار ذكرها في المادة (٨٤٨) تتوقف على أمر الواجب والموهوب له بقبض ذلك الدين وحينما يقبضه بناء على هذا الأمر يكون القابض قابضا أولا عن الواهب بحكم النيابة ثم يكون قابضا بنفسه بحكم الهبة ويكون ذلك الدين وقت القبض عينا فإذا عمم التعريف بحيث يشتمل الموجودة حالا والعين الموجودة مآلا فيكون صحيحا أي إنه يدخل فيه تمليك الدين أيضا (الدرر وشرحه) والحاصل أن الهبة على هذا الوجه تتم بعد القبض فحينئذ يكون المال الموهوب عينا . ٢ - يخرج بتعبير ' المال هبة الطاعات ' مع أن هبة الطاعات صحيحة عند أهل السنة إذ ورد في الهندية في الباب الثاني عشر في الصدقة ما نصه (رجل تصدق على الميت أو دعا له فإنه يصل الثواب إلى الميت وإذا جعل ثواب عمله إلى غيره من المؤمنين جاز) . ج - إن المقصود من الهبة المعرفة هي الهبة بالمعاملات وبتعبير آخر هي الهبة التي تتعلق بها أحكام دنيوية أي تثبت بها ملكية الموهوب له وحق الواهب بالرجوع عند الهبة وهبة الطاعات لم تكن من هذا القبيل فكما أنها خارجة عن التعريف فهي خارجة أيضا عن المعرف . ٣ - قوله : بلا عوض يخرج بذلك **الهبة بشرط** العوض الوارد ذكرها في المادة (٨٥٥) فلذلك يكون التعريف المذكور غير جامع لإفراده فلذلك ينتقض التعريف المذكور عكسا **بالهبة بشرط** العوض (الفتح) ؛ لأن القول بلا عوض هو نص في عدم اشتراط العوض فتكون **الهبة بشرط** العوض نقيضته . ج : قوله أيضا : بلا عوض ، معناه بلا شرط العوض وفيه حذف المضاف وليس لفظة ' بلا عوض ' بمعنى التمليك بشرط

(1) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١/١٣٩

عدم العوض وأن يكن المعنى الثاني (أي **الهبة بشرط** عدم العوض) منافيا **للهبة بشرط** العوض أما المعنى الأول أي بلا شرط العوض ليس منافيا لذلك (الدرر) وتفصيل ذلك أن الماهية كما هو مقرر في العلوم العقلية هي على ثلاثة أنواع : (١) الماهية بشرط شيء وتفسر هنا بشرط العوض والبيع م ن نوع هذه الماهية . (٢) ماهية لا بشرط شيء وتفسر هنا بعدم شرط العوض والهبة من نوع هذه الماهية كما سيوضح ذلك قريبا . (٣) الماهية بشرط لا شيء وتفسر هنا بشرط عدم العوض ، والعارية من نوع هذه الماهية وبلا عوض

---

(١) ".

" الواردة هنا هي بمعنى الماهية الثانية أي ماهية لا بشرط شيء وليست بماهية بشرط لا شيء ولذلك تدخل **الهبة بشرط** العوض في هذا التعريف يعني أن ماهية بشرط لا شيء وإن كانت منافية **للهبة بشرط** العوض إلا أن ماهية لا بشرط شيء لم تكن مباينة **للهبة بشرط** العوض بل بينهما عموم مطلق ؛ لأنه قد تقرر في العلوم العقلية أن ماهية بلا شرط شيء هي أعم من ماهية بشرط شيء وماهية بشرط لا شيء (فتح القدير) . وإن يكن أن بعض الفقهاء كالحموي قد اعترض على هذا الجواب قائلا بأن **الهبة بشرط** العوض لا تجتمع بماهية الهبة بلا عوض بسبب أن قول : بلا عوض ، هو نص على عدم اشتراط العوض فلا تجتمع نقيضتها **الهبة بشرط** العوض بالهبة بلا عوض إلا أنه قد نشأ الاعتراض المذكور من عدم تدقيق المسألة كما يجب إذ أن تعبير بلا عوض ليس نصا على عدم اشتراط العوض كما قال ، بل هو عام وعلى اشتراط العوض ؛ لأنه وإن وجد تناف بحسب المفهوم بين المشروط بالشيء وعدمه فلا يوجد تباين بينهما بحسب الصدق فلذلك يجوز أن يكون ما يصدق عليه هذا أن اللفظين واحد كالإنسان فهو مشروط بالنطق والحيوان غير مشروط به ولا شك أنه يوجد تناف بين الشيء المشروط وبين عدمه (الفتح وأبو السعود المصري) . إلا أنه ينتج من ذلك اعتراض آخر وهو أن قيد بلا عوض الواقع في تعريف الهبة إذا اعتبر بمعنى الماهية بلا شرط فيصدق حينئذ تعريف الهبة على البيع فيكون هذا التعريف منتقضا لكونه ليس مانعا لأغياره فلا يندفع بذلك المحذور بل يشتد وعلى هذه الصورة ينتقض تعريف الهبة طرادا (فتح القدير) . إن هذا الاعتراض ليس واردا على جواب صاحب الدرر ؛ لأن خلاصة ذلك الجواب هو أن وجود العوض

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢/٣٤٤

في الهبة ليس أمرا لازما فإذا وجد العوض جاز **كالهبة بشرط** العوض وإذا لم يوجد العوض جاز أيضا كالهبة بلا عوض أما في البيع فالعوض أمر لازم ولا يصح البيع مطلقا بلا عوض أي بنفي العوض فبعد أن اعترض ابن الهمام على هذا الوجه أجاب على أصل السؤال بما يأتي : إن المقصود من قيد بلا عوض الوارد في تعريف الهبة أي بلا اكتساب العوض وحينئذ يكون تعريف الهبة على هذا الوجه وهي تمليك مال لآخر بشرط عدم اكتساب العوض ؛ لأنه وإن وجد في **الهبة بشرط** العوض عوض إلا أن تلك الهبة لم تكن بشرط الاكتساب ألا ترى أن الفقهاء عندما عرفوا البيع بأنه (مبادلة مال بمال) بطريق الاكتساب صرح بقيد (بطريق الاكتساب) لإخراج **الهبة بشرط** العوض من التعريف : إلا أنه ما دام معنى الاكتساب هو الكسب والربح والواهب بشرط العوض يكون كاسبا العوض والموهوب له يكون كاسبا المال الموهوب فما هي فائدة هذا الجواب في دفع الاعتراض ؟ الجواب الثاني - إن تعريف المجلة هو مبني على مذهب المتقدمين الذين يجوزون التعريف بالأعم والتعريف بالأخص (الطحطاوي) . الأجوبة الأخرى : إن منلا مسكين - والشرنبلالي قد أجابا على السؤال الثالث بأجوبة أخرى إلا أنه لم تكن أجوبتهما ظاهرة وكافية لدفع السؤال وأن الجواب المقبول أكثر من غيره هو الجواب الذي ذكره صاحب الدرر وتقدم آنفا . ٤ - إن الوصية تدخل في هذا التعريف فلو قال شخص : أعط ساعتي هذه إذا مت لزيد ثم مات ذلك الشخص وكان ثلث ماله مساعدا فيصير زيد مالكا لتلك الساعة مجانا ولذلك حينما عرف (ابن كمال) (الهبة) ضم عليه قيد ' في الحال ' فأصبح تعريف الهبة : (تمليك المال في الحال بلا عوض) وبقيد ' في الحال ' خرجت

". (١)

" سواء أكان المال الموهوب عينا أو دينا فإن قال صاحب الثمر لغيره : هو لك إن أدرك ، أو قال : إذا كان غدا فهو جائز (الهندية في الباب الثامن) . مثال للعين : لو قال : وهبتك هذا المال إذا دخل الشخص الفلاني هذه الدار أو عاد فلان من سفره ، فلا تصح الهبة (عزمي زاده) . مثال للدين : لو قال شخص لآخر : إذا جاء غدا فلتكن لك الألف قرش التي لي عليك دينا ، أو أنت بريء منها أو إذا أعطيت نصف الدين فأنت بريء من النصف الآخر أو فليكن لك النصف الآخر تكون باطلة (الهندية في الباب

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٤٥/٢

الثامن) . كذلك لو قالت الزوجة لزوجها : إذا توفيت في هذا المرض فأنت في حل من مهري ، كان ذلك باطلا كما أنه لو قالت الزوجة المريضة لزوجها : إذا توفيت بهذا المرض فأنت في حل منه أو فهو لك صدقة مني ، كان هذا القول باطلا وبقي المهر كالأول . (الهندية في الباب الثامن) . إلا أنه لو قال الدائن لمديونه : إذا أنا مت فأنت بريء من الدين أو فأنت في حل الدين ، صح وحمل على الوصية كما أن التعليق على شرط كائن تنجيز كأن يقول الدائن لمديونه : إذا كان لي عليك دين فأنت بريء منه يكون ذلك صحيحا ويتم الإبراء (رد المحتار في مسائل شتى) . وتعبير الهبة المضافة احتراز عن العمرى ؛ لأن العمرى صحيحة وليست هبة مضافة . العمرى : هي أن يقول أحد لآخر : ' أعطيتك هذه الدار ما دمت حيا على أن ترد لي بعد وفاتك ' أو (أعطيتك هذه الدار ما دمت حيا على أن ترد لورثتي بعد وفاتي) فالتمليك الواقع على الوجه الآنف الذكر جائز ولو توفي الموهوب له فلا يرد المال الموهوب للواهب أو لورثته ويصبح إرثا لورثة الموهوب له (الدرر) ؛ لأن العمرى بشرط الاسترداد بعد وفاة المعمر له بما أنها تمليك في الحال كان التمليك صحيحا والشرط باطلا ؛ لأن الهبة من العقود التي لا تبطل بالشروط الفاسدة . والأصل في هذا أن كل عقد من شرطه القبض فإن الشرط لا يفسده كالهبة والرهن انظر شرح المادة (٨٣) (الزيلعي ، أبو السعود المصري ، الهندية في الباب الثاني) . كذلك لو توفي الواهب كان المال الموهوب للموهوب له وليس لورثة الواهب (الدرر) . وكما تكون العمرى في العقار تكون أيضا في المنقولات والحيوانات أيضا (عبد الحليم) . - * * * * * - (المادة ٨٥٥) - (تصح **الهبة بشرط** عوض ويعتبر الشرط . مثلا لو وهب أحد لآخر شيئا بشرط أن يعطيه كذا عوضا أو يؤدي دينه المعلوم المقدار تلزم الهبة ، كذلك لو وهب أحد وسلم عقارا مملوكا له لآخر بشرط أن يقوم بنفقته حتى الممات وكان الموهوب له راضيا بإنفاقه حسب ذلك الشرط فليس للواهب إذا ندم الرجوع عن هبته واسترداد ذلك العقار) . إن الهبة والصدقة اللتين بشرط العوض صحيحتان والشرط معتبر ؛ لأنه بمنزلة مراعاة الشروط بقدر الإمكان بمقتضى المادة (٨٣) . والصدقة بشرط العوض بمنزلة **الهبة بشرطه** (الهندية في الباب السابع) . ' ١ ' - عوضا : يفهم من ذكر العوض هنا مطلقا أنه لا فرق بين أن يكون العوض حقيقيا كما في مثالي المجلة الآتيي الذكر أو حكميا كالسكنى معا وعدم التطليق وترك الظلم وسيوضح ذلك في آخر شرح هذه المادة .

". (١)

" بشرط : والمقصد من هذا الشرط الشرط التقييدي انظر شرح المادة (٨٢) وتفصيل ذلك هو : إذا ذكر في الهبة شرط فالشرط إما أن يكون تعليقا وهذا يكون بأداء الشرط (كان أو إذا) وهذه الهبة باطلة سواء والموهوب سواء أكان عينا كما لو وهب أحد شيئا لآخر بشرط أن يقوم بنفقة الواهب إلى وفاته أو بشرط أن يقوم بنفقة الواهب إلى وفاته أو بشرط أن يعوله ويلاحظ إلى وفاته أو إذا وهبت الزوجة لزوجها عقارا بشرط أن يحسن معاشرتها إلى وفاتها تكون الهبة باطلة (الأنقروي النتيجة) أو لو كان الموهوب دينا كما لو قالت الزوجة المريضة لزوجها : إذا توفيت بهذا المرض فأنت في حل من مهري الذي في ذمتك ، فلا تكون الهبة صحيحة (النتيجة) ؛ لأن تعليق التمليكات بالشرط باطل كما هو مذكور في شرح المادة (٨٢) متى لو أعطى للواهب العوض المشروط في هذه الهبة وسلم له فلا تنقلب الهبة إلى الصحة الفيضية (انظر المادة ٥٢) والشرط المذكور إما أن يكون تقييدا ويذكر مع كلمة (على) أو كلمة (أو) كقولك : وهبتك هذا المال على أن تعوضني هذا الثوب (الدرر) وهذا شرط لا يخل بالهبة إلا أنه باعتبار الشرط توجد التفصيلات الآتية . الهبة مع الشرط التقييدي قسمان : – القسم الأول : كون الشرط المذكور ملائما وهذه الهبة والشرط صحيحان والمبين في المجلة هو هذا وقد ذكرت أمثلته فيها . القسم الثاني : كون الشرط المذكور مخالفا يعني غير ملائم وعلى هذا التقدير فالهبة صحيحة ولكن الشرط باطل ولا تفسد الهبة بالشرط الفاسد كما يفسد البيع به ؛ لأن الشرط الفاسد بمعنى الربا والربا يجري في المعاوضات ولا يجري في الهبة التي هي من التبرعات . ولأنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر في رجوعها بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له (العناية) فلذلك لو وهب أحد مالا لآخر وسلمه إياه على شرط أن لا يوهب الشخص المذكور ذلك المال لآخر ويسلمه أو أن لا يبيعه فالهبة صحيحة والشرط باطل (التنقيح ، الهندية) . كذلك لو وهب أحد كرومه التي في أرض مملوكة لحفيده على أن يكون محصولها له إلى أن يموت أو وهبه داره على أن يبقى ساكنا فيها إلى أن يموت وسلمها له كانت الهبة صحيحة والشرط باطلا (علي أفندي) . كذلك لو وهب الواهب **هبة بشرط** الرجوع فيها فالهبة صحيحة والشرط باطل كذلك لو وهب أحد ماله لآخر أو تصدق عليه به وسلمه إياه وشرط عليه أن يرجع له مقدارا من الموهوب المذكور كالثلث والربع فالهبة والصدقة صحيحتان والشرط باطل ولا يجبر

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٧٦/٢

الشخص المذكور على رد شيء من المال المذكور أو إعطاء بدل عوض له . كذلك لو وهب أحد دارا لآخر وسلمه إياها على شرط إعطاء جزء معين أو غير معين منها للواهب كانت الهبة صحيحة والشرط باطلا (الهندية) . أمثلة على العوض الحقيقي : ١ : مثلا لو وهب أحد لآخر شيئا بشرط أن يعطيه كذا عوضا معلوما أو يؤدي دينه المعلوم المقدار تلزم الهبة أي يمتنع الرجوع عن الهبة حسبما هو مبين في المادة (٨٦٨) إذا راعى الموهوب له الشرط أي إذا أعطى العوض المذكور أو أدى ذلك الدين . سواء أكان الموهوب له أجنبيا أم كان من الأقارب المذكورين في المادة (٨٦٦) . لكن لزوم هذه الهبة يكون بتقابض العوضين وليس كالبيع بمجرد الإيجاب والقبول والتعهد بالعوض انظر المادة (٨٦٨) . يعني يهب الواهب مالا بشرط العوض ويسلمه وبعد

". (١)

" أن يقبض الموهوب له ذلك المال أيضا يعطي العوض للواهب ويسلمه إياه ويقبضه الآخر ويستلمه فتكون الهبة لازمة من الجهتين وليس للواهب استرداد الموهوب كما أنه ليس للموهوب له استرداد العوض . أما بدون التقابض فلا تلزم الهبة فعليه لو اتفق الواهب والموهوب له على ذلك أي على العوض لكن لم يسلم الموهوب له العوض للواهب فلا تلزم الهبة ولو كان الموهوب له حاضرا ومهيأ لتسليم العوض . وللواهب عدم قبول العوض والرجوع عن هبته فللموهوب له الرجوع عن العوض أيضا ولو كان الواهب راضيا بتسليم المال الموهوب . كذلك لو وهب أحد بعض أشياء لوالدته على أن تعطيه عوضا كهذا وسلمها إياها ولم تعطه والدته العوض المذكور فله الرجوع عن هبته (علي أفندي) . وعليه إذا لم يراع الموهوب له الشرط فبما أن للواهب حق الرجوع عن الهبة فإذا استهلك الموهوب له المال الموهوب يؤمر الموهوب له بإعطاء العوض المشروط . فإذا أعطاه فبها . وإذا لم يعطه إياه ضمن الموهوب له بدل الموهوب الذي استهلكه ولا يقال في ذلك : إنه لم يبق للواهب حق للرجوع باستهلاك الموهوب له للموهوب (علي أفندي ، الهندية) . والحاصل – أنه إذا كان العوض في **الهبة بشرط** العوض معلوما ومذكورا بكلمة ' على ' فهي هبة ابتداء بحسب اللفظ وبيع انتهاء بحسب المعنى ؛ لأنه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما ووجب إعمالهما ؛ لأن إعمال

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٧٧/٢

الشبيهين ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما ' العناية ' . كالهبة في مرض الموت . فهذه الهبة بما أنها تعتبر ابتداء هبة ويلزم فيها القبض والشيوع يكون مانعا لتمامها وبما أنها تعتبر انتهاء وصية فقد اعتبرت من الثلث بعد الدين ' انظر شرح المادة ٨٧٧ . أما إذا ذكر العوض مع حرف الباء مثلا لو قال : وهبتك هذا الثوب بمالك هذا وقبل الآخر ذلك فلا يكون العقد المذكور هبة فهو بيع ابتداء وانتهاء ' الدرر ، انظر المادة ' ٣ ' . تتفرع المسائل الخمس الآتية على كون **الهبة بشرط** العوض هبة ابتداء : أولا - التقابض شرط في العوضين . يعني يلزم القبض في مجلس الهبة مطلقا وفي غير مجلس الهبة بإذن صريح ولما كان الملك لا يثبت قبل القبض فيمكن للطرفين الامتناع عن التسليم ' الطحاوي ، كما قد صار تفصيله في شرح المادة ' ٨٣٧ ' . ثانيا - **الهبة بشرط** العوض في المال القابل القسمة ليست صحيحة بالشيوع . وعليه لو وهب قسم من مال شائع قابل القسمة **هبة بشرط** العوض كانت باطلة ' أبو السعود . يعني إذا وهب نصف مال قابل القسمة **هبة بشرط** العوض وسلمه شائعا فكما أن الهبة لا تتم فلو أعطى نصف مال قابل القسمة عوضا لا تتم الهبة أيضا ' رد المحتار عبد الحليم . ثالثا - لو وهب أبو الصغير مال ولده بشرط العوض فليس بجائز عند الإمام الأعظم وأبي يوسف . سواء أشرط إعطاء هذا العوض مالا أو شرط إعطاؤه بعد مدة . ولو كان العوض المذكور أكثر من المال الموهوب ؛ لأن هذه الهبة تبرع ابتداء وليس للأب التبرع بمال ابنه الصغير (الزيلعي ، الطحطاوي) (انظر المادة ٥٨) . رابعا - خيار الغبن والتغرير لا تفسخ الهبة بخيار الغبن والتغرير وقلة العوض (رد المحتار) . خامسا - إذا اختلف في مقدار العوض فلا يجري التحالف كما سيبين في المبحث الأول من

---

(١) ".

" اللاحقة الآتية . وتتفرع المسألتان الآتيتان عن كونها بيعا انتهاء : - أولا - يصح العقد بعد التقابض ويكون في حكم البيع . بناء عليه يمكن رد العوض والمعوض بخيار العيب وخيار الرؤية (الطحطاوي) . ثانيا - إذا كان عقارا فيؤخذ العوض والمعوض بالشفعة . (انظر المادة ١٠٢٢) . أما إذا كان العوض غير معلوم أي مجهولا فيكون هبة ابتداء وانتهاء (أبو السعود ، رد المحتار) لأن شرط العوض المجهول باطل ولا تفسد الهبة بالشرط الفاسد (الدرر ، عبد الحليم ، الفتح) . وقد قال محشي الدرر عزمي زاده إن بيان

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٧٨/٢

الدرر هذا وإن كان موافقا لما في الخانية إلا أنه مخالف لقول الحلواني تجوز **الهبة بشرط** العوض غير المعين ؛ لأن الهبة تقتضي العوض المجهول والقول في العوض للمعوض أي الموهوب له انتهى . والعوض مجهول في المثال الآتي أيضا ؛ لأنه كما لا يعلم وقت موته فلا يعلم أيضا صورة إطعامه وما سيطعم ويكسى . ٢ - وهو لو وهب أحد عقاره المملوك أو مال المنقول لآخر بشرط أن يعوله إلى أن يموت وسلمه إياه وبعد أن عال الموهوب له الواهب مدة بحسب الشرط وكان راضيا بإعادته بعد ذلك فليس للواهب إذا ندم الرجوع عن الهبة واسترداد عقاره . ولو توفي الواهب في الهبة على هذا الوجه بعد أن عاله الموهوب له مدة فليس لوارثه مداخلة في الموهوب . كذلك لو عال الموهوب له الواهب على الشرط المذكور وتوفي الواهب بدون وارث فليس لأمين بيت المال المداخلة في العقار المذكور (النتيجة) إلا أنه إذا لم يرض بإعاشته وامتنع عن ذلك فللواهب استرداد الموهوب فلذلك ليس للموهوب له أن يخرج المال الموهوب من ملكه بوجه من وجوه الملك كالهبة والبيع ما دام الواهب في قيد الحياة ؛ لأن الموهوب له لم يكن مالكا تمليكا قطعيا ولم ينقطع بعد حق الواهب منه ففي هذه الصورة ليس للشفيع في مثل هذه الهبة أن يدعي الشفعة . أما إذا عال المهوب له الواهب مدة على الوجه المشروط ثم بعد ذلك توفي الموهوب له والواهب حي فما الحكم في ذلك ؟ ليس في الكتب الفقهية شيء صريح في هذا الشأن لكن بما أن الموهوب له لم يتمكن من إيفاء الواهب العوض المشروط بتمامه يعني أنه لم يعل الواهب حتى الممات ولم يبق عوله في الإمكان فعليه لم تلزم الهبة بعد ولنذكر مسألتين نظيرتين لذلك فيما يلي : - المسألة الأولى - لو وهب أحد داره المملوكة لآخر على أن يعوضه عنها بعشرة دنانير وسلمه إياها وأعطى الموهوب له ستة دنانير فقط ولم يعط الباقي وامتنع عن إعطائه فللواهب أن يرد للموهوب له الستة الدنانير التي أعطاه إياها ويسترد داره . كذلك إذا ضبط بعض العوض بالاستحقاق كما هو في شرح المادة (٨٩٨) فللموهوب له أن يرد الباقي من العوض للواهب ويسترد الموهوب . المسألة الثانية - لو وهبت الزوجة مهرها لزوجها على ألا يطلقها إلى الوقت الفلاني وطلقها الزوج قبل ذلك الوقت بطلت الهبة أما إذا لم يبين وقت للإمساك وعدم التطليق وطلقها بعد مدة كانت الهبة لازمة

"(١) .

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٧٩/٢

" (الأنقروي) . فقيل : إذا لم توقت لذلك وقتا كان قصدها أن يمسكها ما عاش قال : نعم إلا أن العبرة لإطلاق اللفظ (الهندية في الباب الثامن) وعليه يخطر على البال احتمالان فيما إذا توفي الموهوب له بعد أن عال الواهب مدة : - ١ - قياسا على المسألتين اللتين مر ذكرهما يضمن الواهب مثل نفقة المدة التي عال فيها الموهوب له لورثته ويسترد المال الموهوب منهم . وإلا فلا يجوز أن يضبط ورثة الموهوب له أو بيت المال عند عدم الورثة ذلك العقار ويترك الواهب محروما منه . ٢ - قول ورثة المتوفى للواهب : إننا نضبط المال بالإرث ولا نرده لك وإنما نعولك كما تعهد بذلك مورثنا لكن بما أنه لم يسبق بين ورثة الموهوب له والواهب عقد أو مقاولة على العول فليس من حق دعوى وخصومة بينهما . كما لو وهب فرسا بشرط أن يعوضه الموهوب له عشرة ريالات وسلمه إياه وأعطى الموهوب له خمسة ريالات سلفا واستمهله في الباقي على أن يعطيه إياها بعد ثلاثة أيام وتوفي في اليوم الثاني فليس لوارثه حق في إعطاء الخمس الريالات الباقيات وضبطه بدون رضى الواهب . بناء عليه فهذا الاحتمال الثاني ساقط من الاعتبار والاحتمال الأول موافق للعدالة والفقه . وإن يكن أنه يحق لورثته المفروغ له أن يعول الفارغ الذي أفرغ لمورثهم أراضيه الأميرية أو مسقفاته ومستغلاته الموقوفة مجانا بشرط عوله بدلا عن مورثه إلا أنه لا تقاس تلك المسألة الشرعية على هذه المسألة . جاء في المجلة إلى الممات . هذا القيد ليس احترازيا فلو قال : تعولني إلى السنة الفلانية يكون صحيحا أيضا . وفي هذه الصورة إذا عال لتلك السنة فيكون العوض قد أدي تاما ولزمت الهبة . ولا يكون بعد ذلك مجبرا على عوله (الشارح) . وتلزم **الهبة بشرط** العوض كما صار إيضاح ذلك آنفا بالتقابض وعلى ذلك فللواهب في المثال المذكور حق الرجوع أي لو وهب أحد عقاره المملوك لآخر بشرط أن يعوله وسلمه إياه ولم يباشر الموهوب له بإعاشة الواهب ولو كان راضيا بعوله فله حق الرجوع أيضا فلذلك قد جاء في الشرح علاوة على المتن قيد (بعد أن عال مدة) . والواقع أنه لو عال الموهوب له مدة فبما أنه قد قبض عوض المدة التي عاله فيها وإذا كان راضيا بعول بعد ذلك يعني إن كان راضيا بإعطاء ما شرط إيفاءه تدريجيا وتقسيطا فليس للواهب الرجوع عن هبته ويوجد هذا القيد أيضا في الفتوى التي أفتاها شيخ الإسلام علي أفندي على هذه المسألة . جاء في المثال (وهو راض بعول) ؛ لأنه إذا عاله مدة ثم امتنع عن ذلك فللواهب استرداد المال الموهوب عينا إذا كان موجودا وتضمينه بدله إذا كان مستهلكا ولا يجبر على عوله ؛ لأن الهبة تبرع ولا يجوز الإجبار على التبرع . العوض الحكمي : **الهبة بشرط** العوض الحكمي صحيحة أيضا والشرط معتبر . العوض الحكمي كعدم التطليق وترك الظلم

والسكنى معا . فلو وهبت امرأة مهرها لزوجها بشرط أن يسافر بها للحج أو يحسن إليها أو يكسوها مرتين في السنة وهذه أي نفقة الحج والإحسان إليها وقطع الثوب هي بمنزلة شرط العوض وقد قال بعض المشايخ بأنه إذا وهبت امرأة مهرها لزوجها بشرط تركه ظلمها أو بشرط سكناه معها أو على أن لا يطلقها

---

(١) ".

" فيكون ذلك بحكم **الهبة بشرط** العوض وحكموا ببطلان الهبة إذا ظلم الزوج زوجته أو امتنع عن مساكنتها وإن يكن ترك الظلم والمساكنة ليسا بعوض حقيقي إلا أنه مشابه في الجملة للعوض ؛ لأن الزوجة تنتفع منهما (أبو السعود المصري) . كذلك لو وهبت امرأة مهرها لزوجها كي لا يضربها ولا يظلمها ثم ظلم الزوج زوجته أو ضربها بدون حق يبقى مهرها أيضا على حاله . وإن ضربها لتأديب مستحق عليها لا يعود المهر . (الهندية في الباب الثامن) . وكذا لو وهبت الزوجة مهرها لزوجها لشرط أن يقطع لها في السنة ثوبين وقبل الزوج ذلك ومرت سنتان ولم يقطع لها الأثواب وكان قد شرط في الهبة المذكورة الشرط المذكور بقي المهر على حاله ؛ لأن هذه الهبة لما كانت بمنزلة **الهبة بشرط** العوض فإذا لم يحصل العوض فلا تصح الهبة ولا تلزم (الأنقروي) . وتدل هذه المسألة على أن جهالة العوض غير مضرة . كما نقل ذلك عزمي زاده . وكذا لو وهبت مهرها على أن يحسن إليها ولم يحسن كانت الهبة باطلة وتكون بمنزلة **الهبة بشرط** العوض (الخانية في فصل في هبة المرأة مهرها من الزوج) . - * * * * * - المسألة الأولى - إذا اختلف الواهب والموهوب له في مقدار العوض مع اتفاقهما على وقوع **الهبة بشرط** العوض يعني لو قال الواهب : قد كان العوض عشرة دنانير ، وقال الموهوب له : بل خمسة ، فالواهب يكون مخيرا إذا كان المال الموهوب قائما والعوض غير مقبوض . إن شاء قبل العوض خمسة دنانير وإن شاء رجع عن الهبة وأما في حالة تلف الموهوب فللواهب تضمين الموهوب له قيمة الموهوب . - * * * * * - المسألة الثانية - إذا اختلف الواهب والموهوب له في أصل العوض يعني لو اختلفا فقال الواهب : قد كان العوض مشروطا ، وقال الموهوب له : إنه لم يشرط فالقول للموهوب له المنكر . وفي هذه الحال للواهب الرجوع عن الهبة إذا كان المال الموهوب موجودا . أما إذا كان مستهلكا فلا يلزم الموهوب له شيء . انظر المادة (٨٧١) . - * * * * * - المسألة الثالثة - إذا أراد الواهب الرجوع عن الهبة فقال الموهوب له : إنني

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢/٣٨٠

أخوك ، أو إنني أعطيتك عوضا ، أو إن المال الذي أعطيته لي لم يكن هبة بل كان صدقة ، فليس لك الرجوع حسب أحكام المواد (٨٦٦ و ٨٦٨ و ٨٧٤) وأنكر الواهب ذلك فالقول استحسانا للواهب ' أبو السعود المصري . – * * * * *

---

(١) ".

" – المسألة الرابعة – لو وهب أحد مالا لآخر ثم بعد ذلك أنكر الهبة وادعى أنه أعطاه وديعة فالقول مع اليمين للواهب فإذا حلف الواهب اليمين أخذ الموهوب : وإذا تلف الموهوب في يد الموهوب له ينظر فإذا كان تلفه قبل دعوى الهبة فلا يلزم الضمان أما إذا كان بعد دعوى الهبة كان المستودع ضامنا ' الهندية في الباب التاسع ' . – * * * * * – المسألة الخامسة – إذا وهب الواهب مالا للمستودع على الوجه المذكور في المادة ' ٨٤٦ ' ثم أنكر الهبة وشهد شاهدان على ذلك ولم يشهدا على رؤيتهما القبض صح ذلك انظر شرح المادة ' ٨٤٦ ' ، كذلك لو أنكر الواهب وجود الهبة وقت الهبة في يد المستودع وشهدت الشهود بالهبة ولم تشهد على رؤية القبض أو على إقرار الواهب بقبض الموهوب له وكان الموهوب وقت المخاصمة في يد الواهب والواهب في قيد الحياة صح أيضا انظر المادتين ٥ و ١٠ أما إذا توفي الواهب فالشهادة المذكورة باطلة ' الهندية ' . – * * * * * – المسألة السادسة – لو ادعى أحد على آخر أنه قد وهبه المال الذي في يده وسلمه إياه ولدى إنكار الواهب ذلك شهدت الشهود على أن الواهب قد أقر بالهبة والقبض قبلت شهادتهم . أما لو وقع هذا الاختلاف بين الشاهدين كان ذلك موجبا لرد الشهادة . مثلا : لو شهد أحد الشهود على رؤية الهبة والتسليم والآخر شهد على أن الواهب أقر بالهبة والتسليم فلا يقبل . كما أنه تقبل شهادة الشهود على إقرار الواهب بالقبض في حالة وجود المال الموهوب حين الدعوى في يد الموهوب له ' الهندية في الباب التاسع من الهبة ' . – * * * * * – المسألة السابعة – لو وهب الواهب مالا على أن الموهوب له مخير كذا أياما وأجاز الهبة قبل الافتراق جازت أما لو افترقا قبل الإجازة لم تجز ، أما إذا وهب الواهب على أنه مخير كذا أياما فالهبة صحيحة والشرط باطل ؛ لأنه لما كانت الهبة عقدا غير لازم انظر المادة (٨٦٤) فلا يصح فيها خيار الشرط كما ذكر ذلك في فصل خيار الشرط من شرح كتاب البيوع . لكن هل يصح شرط خيار الشرط في الهبة اللازمة كالهبة لمحرم ذي رحم أو لأحد

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٨١/٢

الزوجين **أوالهبة بشرط** العوض أو الصدقة ؟ والحكم في البراءة أيضا على هذا المنوال . فلو قال : أبرأتك من حقي الفلاني على أن أكون مخيرا في ذلك كذا يوما ، كانت البراءة صحيحة والخيار باطلا (الهندية في الباب الثامن) . – * * * * *

" .(١)

" القبض على ما جاء في المادة (٨٤٨) أم وهبه بعد القبض فلا تصح . كذلك لو تصدق الصبي بماله بإذن والده فلا تصح صدقته (الهندية) وفي هذه الحال للصبي حق استردادها كما أنه لا تحل الصدقة للفقير . كذلك لو وهبت امرأة زوجها مهرها بداعي كونها بالغة وقالت بعد ذلك : لم أكن بالغة وقت الهبة ينظر . فإذا كان هيئة تلك المرأة وقامتها كهيئة وقامة النساء أو وجدت فيها علامة البلوغ فلا يقبل قولها من أنها غير بالغة أما إذا لم تكن على هذه الصورة فالقول لها (الهندية) انظر المادة (٩٨٩) . ويستفاد من ذكر الهبة مطلقة أن الهبة سواء كانت في مقابل عوض أو بلا عوض وإذا كانت بعوض سواء كانت قيمة العوض مساوية للمال الموهوب أو أزيد أو أقل فهي أعم يعني لا تكون الهبة صحيحة في الصور المذكورة كلها (الضمانات) . وعليه لو وهب الصغير ماله لأحد وسلمه إياه وأعطى ذلك الشخص الصبي عوضا فكما تبطل الهبة فلا يصح العوض أيضا وللموهوب له رد المال الموهوب واسترداد العوض (الخانية) وعدم صحة هبة الصغير كما أشير إليه في الشرح تكون فيما إذا وهب الصغير ماله . أما لو أحضر الصغير لأحد هدية وقال له أرسلني أبي بهذه الهدية لك فلذلك الشخص تناول تلك الهدية ما لم يقع في قلبه أن الصغير المذكور كاذب في قوله هذا (الهندية) . ليس لولي الصغير هبة مال الصغير بعوض أو بلا عوض انظر المادة (٥٨) . وعليه لو وهب أبو الصغير أو وصيه أوالقاضي مال الصغير بعوض أو بلا عوض لأحد فلا تصح هذه الهبة ؛ لأن في ذلك ضررا دنيويا (جواهر الفقه والدر المنتقى) . كذلك إذا تبين أن اللبن الرائب الذي أهداه أحد لآخر من صنع لبن بقرة ابنه الصغير فلا تجوز الهبة ولا يكون الأب المذكور قد ملك اللبن بصنعه إياه رائبا (الهندية) . كذلك لو وهب وصي الصغير ما لأبيه في ذمة شخص من الدين للمدين ذاته وأبرأه من عامة الدعاوى فلا يصح ذلك وللصغير عند بلوغه أخذ دينه من الشخص المذكور . أما إذا كان الدين الذي وهبه ولي الصغير أو وصيه قد لزم بعقده فهذه الهبة والإبراء

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٨٢/٢

صحيحان عند الإمام الأعظم ومحمد رحمهما الله تعالى ويضمنه الوصي المذكور للصغير . أما عند الإمام أبي يوسف فلا يكونان صحيحين (علي أفندي) والحكم في هبة المتولي وإبرائه على المنوال المشروح انظر شرح المادة (٦٨٥) . أما كون الموهوب له عاقلا وبالغا فليس بشرط بناء عليه فالهبة للصغير والمجنون والمعتوه صحيحة وتتم الهبة بقبض ولي الصغير أو مربيه على ما هو محرر في المادة (٨٥٢) أو بقبض الصغير المميز كما هو مذكور في المادة (٨٥٣) انظر المادة (٨٦٩) ؛ لأن كل تصرف للصغير يكون فيه نفع محض له أي نافع للصغير من كل وجه وليس فيه أي ضرر له فيصح فيه تصرف الصغير المميز بدون أن يكون موقوفا على إذن وليه ؛ لأنه يكفي أهلية الصغير القاصرة في التصرفات التي فيها نفع محض للصغير (مجمع الأنهر والدر المنتقى) . والهبة للصغير كهذه وإن كانت صحيحة كما هو محرر آنفا فليس للصغير أن يعطي عوضا في مقابل هذه الهبة ولو كانت **الهبة بشرط** العوض حتى أنه لو وهب شيء للصغير وأعطى ولي الصغير من مال الصغير شيئا عوضا للواهب ولو جزئيا لمنع رجوعه فلا يصح أي باطل وللواهب الرجوع على الهبة (البزازية والأنقروي) . وعلى ولي الصغير أن يبيع المال الموهوب بقيمته لإسقاط حق رجوع الواهب عن الهبة .

". [1]

" كذلك إذا أراد الواهب الرجوع فقال له الموهوب : أعطيتك عوضا وأنكر الواهب ذلك فالقول للواهب (رد المحتار) . أما إذا اجتمعت البينة على **الهبة بشرط** العوض والبينة على الهبة مجانا رجحت بينة **الهبة بشرط** العوض (عبد الرحيم) . كذلك إذا اتفق الطرفان على أنها **هبة بشرط** العوض لكنهما اختلفا في مقدار العوض وكان الموهوب موجودا والعوض غير مقبوض فالواهب مخير إن شاء صدق الموهوب له وقبض المقدار الذي ادعاه الموهوب له وإن شاء رجع عن الهبة واسترد الموهوب . وإذا تلف الموهوب ضمن قيمته (الهندية في الباب التاسع رد المحتار) . بناء عليه لو أعطى الواهب شيئا على أنه عوض ، عن كل هبته وقبضه سواء أكان هذا الإعطاء من طرف الموهوب له أو من جانب شخص آخر أي أجنبي بإذن وأمر الموهوب له أو بلا إذنه فليس للواهب بعد ذلك الرجوع عن أي مقدار من هبته . يعني أن إعطاء العوض من أحد غير الواهب صحيح وهذا يسقط حق رجوع الواهب أيضا ؛ لأن العوض لما كان

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٩٨/٢

سالما للواهب فلا يبقى للواهب حق الرجوع وعليه فكما أنه ليس للواهب بعد التعويض المذكور الرجوع عن هبته فليس للأجنبي المذكور أيضا الرجوع عن عوضه يعني ليس له استرداد العوض الذي أعطاه من الواهب ؛ لأن الأجنبي المذكور قد كان متبرعا من طرف الموهوب له لإسقاط حق الرجوع (الدرر ، نوح أفندي) . كذلك ليس للأجنبي المذكور أن يرجع على الموهوب له بطلب بدله سواء أعطى العوض بإذن الموهوب له وأمره أو بلا إذنه وأمره (البحر ، والدرر) ، وعدم الرجوع على تقدير أن الأجنبي أعطاه بلا أمر ظاهر وإذا أعطاه بأمره فليس له الرجوع ؛ لأن الأصل والقاعدة في الرجوع هو : إذا كان أحد مطالبا بحبس شيء وملازمته كالدين ونفقة الزوجة والأولاد فلو أمر ذلك الشخص الشخص الآخر بأداء ذلك الشيء بلا شرط الضمان كان حق رجوع ذلك الشخص مثبتا أيضا وإلا فلا . ما لم يشترط الآمر الضمان على نفسه . وقد خرج بذلك الأمر بالتكفير عنه وأداء النذر فإنه وإن كان يطالب بهما لكن لا بالحبس والملازمة وتتفرع هاتان المسألتان الآتيتان عن هذه المسألة (الطحطاوي) . ١ - المديون إذا أمر المدين شخصا بأداء دينه فأداه فله الرجوع على المدين بما أداه ولو لم يشترط الضمان (انظر المادة ١٥٥٦) . (أبو السعود في الرهن والكفالة والخانية) . ٢ - لو أمر أحد بأن ينفق على أهله وعياله وأنفق الآخر عليهم فله الرجوع على آمره (انظر المادة ١٥٠٨) . وعليه وبما أن الموهوب له غير مطالب بالحبس والملازمة بالتعويض المذكور فأمره بالتعويض ليس موجبا للرجوع . وإنما يصرف الأمر المذكور إلى التبرع وهذا لا يوجب الرجوع ضمانا إلا إذا شرط الضمان (العناية) فلو أمر الموهوب له الأجنبي بقوله : أعط العوض على أن أكون ضامنا وأعطى الأجنبي العوض بناء على ذلك فله الرجوع بالعوض على الموهوب له (الأنقروي) .

". (١)

" وبما أنه قد جاء ذكر الملك المشترى مطلقا فكما أنه يشمل كل الملك يشمل بعضه أيضا . مثلا : لو اشترى أحد الشفعاء العقار المملوك فبما أنه يثبت للشفيع المشتري حق الشفعة فللشفعاء الآخرين إذا ساووه في الدرجة حق الشفعة بمقدار حصصهم فقط ما عدا حصته يعني : أن لهم طلب ما عدا الحصة التي اشتراها الشفيع من الحصص بالشفعة . مثلا : لو باع أحد الشركاء في العقار المشترك بين ثلاثة أشخاص أثلاثا حصته من أحدهما فللشريك الثاني أن يطالب الشريك بنصف ما اشتراه فقط . ٣ - على

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤١٧/٢

المشتري : يفهم من هذا التعبير أن الشفعة لا تجري في تمليك العقار بلا عوض كالهبة والصدقة والإرث كذلك لا تجري في القسمة وذلك كما سيأتي في المادتين (١٠٣٣ و ١٠٢٧) (رد المحتار) . لكن هذا التعبير أي : (على المشتري) يستلزم إيراد سؤالين : السؤال الأول : إذا كان المشتري مقرا بالشراء ، أو إذا كان منكرا إياه وأثبت الشفيع شراء المشتري أو نكل المشتري عن حلف اليمين كان ذلك ضد تملك المشتري وأما إذا كان البائع مقرا بالبيع وكان المشتري منكرا له ولم يمكن إثبات البيع وحلف المشتري اليمين على عدم الشراء فيكون التملك الواقع على البائع وليس على المشتري وفي هذه الصورة يصبح هذا التملك خارجا من التعريف الذي ورد فيه (بمقدار الثمن الذي قام على المشتري) وعلى ذلك يكون التعريف المذكور غير جامع لأفراده . ويجاب عليه أن هذا التعريف هو تعريف الشفعة الكثيرة الوقوع ؛ لأن التملك بالشفعة على البائع نادر الوقوع ولا اعتبار للنادر السؤال الثاني : بما أن الشفعة تجري في **الهبة بشرط** العوض بناء على ما جاء في المادة (١٠٢٢) وبقوله (على المشتري) تخرج هذه الشفعة من التعريف فيكون هذا التعريف غير جامع لأفراده ويجاب على هذا أيضا بأن **الهبة بشرط** العوض هي شراء انتهاء فلا تخرج هذه الهبة بقول (على المشتري) من . التعريف . ٤ - بمقدار الثمن الذي قام على المشتري : سيأتي معنى ذلك مفصلا في شرح المادة (١٠٣٦) هذا وبما أن الشفعة من الأحكام الجارية في دار الإسلام وهذا الحكم غير شرعي في الممالك الأجنبية فلو اشترى مسلم عقارا في بلاد أجنبية ووجاد له شفيع مسلم ؛ فليس له حق الشفعة ولو كانت أصول الشفعة مرعية في تلك الديار (أبو السعود) . - * * * * * - (مادة ٩٥١) : الشفيع هو من كان له حق الشفعة . أي : من كان له حق التملك على الوجه المذكور في المادة الآنفة ، مثلا تطلق كلمة الشفيع على من كان شريكا في العقار الذي باعه شخص من آخر كالحانوت مثلا أو من كان جارا ملاصقا لذلك العقار . - * * * * * - (مادة ٩٥٢) : المشفوع هو العقار الذي تعلق به حق الشفعة . وهو العقار الذي يمكن للشفيع تملكه جبرا على المشتري : ويطلق على الحانوت الذي مر ذكره في المادة السالفة : مشفوع - * * * * * - (مادة ٣٩٥) : المشفوع به هو ملك الشفيع الذي به الشفعة . أي : بسببه يثبت للشفيع حق الشفعة في المبيع مثلا : لو بيع عقار متصل بدار أحد فتكون تلك الدار

". [1]

" – الباب الثالث في بيان الشفعة : وينقسم إلى أربعة فصول يلزم هنا العلم بالأحكام الآتية : (١) – تعريف الشفعة (٢) – سبب مشروعيتها (٣) – سبب ثبوتها . (٤) – شرطها . (٥) – ركنها (٦) – حكمها . (٧) – صفتها . تعريفها : قد صار إيضاحه في شرح المادة ، (٩٥٠) . – * * * * * – سبب مشروعيتها : دفع ما ينشأ من سوء الجوار من الضرر على وجه التأبيد والقرار ، كإيقاد النار وإعلاء أجدار ، وإثارة الغبار ومنع ضوء النهار وإقامة الدواب والصغار . وقد قيل : أضيق السجون معاشرة الأضداد ، (مجمع الأنهر) ويخرج بقيد ، (على وجه التأبيد) المنقول والعقار الذي يعار أو يؤجر . وعدم جريان الشفعة في المنقول ناشئ عن كون سوء المجاورة فيه ليست على وجه التأبيد ، كذلك عدم ثبوت الشفعة في العقار المعار أو المأجور ناشئ من هذا السبب أيضا ؛ لأن سوء المجاورة ينتهي في الإعارة والإجارة بفسخ ال إعارة وختام مدة الإجارة ، ولذلك خرج المستعير والمستأجر . كذلك يخرج من قيد ، (على وجه القرار) العقار الذي يشترى شراء فاسدا ؛ لأنه لما كان نقض البيع الفاسد واجبا لدفع الفساد فلا يكون من المجاورة فيه على وجه القرار ، (الكفاية بإيضاح و مجمع الأنهر) . سؤال – بما أن الضرر هذا موهوم ؛ لأنه يجوز أن لا يعمل المشتري أحد الأضرار المذكورة ، وأخذ المبيع من المشتري جبرا ضرر محقق ، أو ليس من اللازم أن لا يعتبر الضرر الموهوم تجاه الضرر المحقق ؟ الجواب – بما أن هذا الضرر غالب فيدفع قبل الوقوع . وقد قال الشاعر . كم معشر سلموا لم يؤذهم سبع وما نرى أحدا لم يؤذه بشر . (رد المحتار) . سؤال ثان : بما أن الشفيع يتضرر من المشتري الدخيل ، والمشتري الدخيل يتضرر من الشفيع ، فكان يجب أن يأخذ الدخيل دار الشفيع بدلا من أن يأخذ الشفيع دار الدخيل ؟ الجواب : إن تملك الشفيع أولى ؛ لأن في إزعاج الشفيع بإخراجه من خطة آبائه ضررا أقوى ، (الكفاية) . – * * * * * – سبب ثبوتها : عبارة عن أشياء ثلاثة ، ستبين في المادة الآتية . – * * * * * – شروطها تسعة وهي : ١ – عقد المعاوضة وهذا عبارة عن البيع والهبة بشرط العوض التي بمعنى البيع ، انظر المادتين ، (١٠٢١ و ١٠٢٢) وشرحهما ٢ – أن تكون معاوضة مالية ، فلو تصالحا عن جناية توجب القصاص بما دون النفس ، على دار فلا

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٩٢/٢

". [1]

" (٤ ٢٣) ، (الكفاية) . أما لو نقض المشتري البناء فللشفيع أخذ العرصة بحصتها من الثمن ، (الهداية) وفي هذه الصورة يقسم ثمن المبيع على قيمة الأرض والبناء في البيع وقت العقد ، ويأخذ الشفيع الأرض بحصتها من الثمن ، (الزيلعي والكفاية) . – * * * * * – والمنقولات التي يكون للشفيع أخذها بالشفعة تبعا للعقار هي المنقولات التي لم تفصل عن العقار . أما إذا فصلت قبل أخذ الشفيع بالشفعة فلا يبقى للشفيع حق في الأخذ فلو أخذ المشتري العرصة والأشجار مع ما على الأشجار من ثمر ، وبعد ذلك جمع الثمر ، فليس للشفيع أخذ هذا الثمر ؛ لأنه لم يبق تبعا للعقار وقت الأخذ ، حيث صار منفصلا عنه فلا يأخذه ، (الهداية والكفاية) . أما لو بيعت الأشجار والأبنية بدون أرض فلا تجري الشفعة ؛ لأنه لما كانت هذه الأشياء من المنقولات فلا قرار لها ، (الهداية) . ولو بيعت هذه الأشياء مع حق القرار فلا تجري فيها الشفعة ، كما هو مبين في شرح المادة ، (١٠١٧) ؛ لأنه لو بيعت على هذا الوجه فلا تكون دائمة ، إذ تزول الأشجار بجفافها والبناء بانهدامه واحتراقه . – * * * * * – ولو بيع العلوي ، كما هو مبين في المادة ، (١ ١ . ١) ، تجري الشفعة ونظرا لكونه مجرد بناء فكان الأولى ألا تجري فيه الشفعة ، إلا أنه نظرا لكون العلوي له حق القرار على السفلي ولصاحبه حق بنائه مجددا بعد الانهدام . فلذلك يلحق بالعقار وتجري فيه الشفعة أيضا ، (الهداية) . – * * * * * – (مادة ١٠٢١) – ، (الشفعة لا تثبت إلا بعقد البيع البات الصحيح) . إنما تثبت الشفعة بعقد البيع البات الصحيح أو ما أشبه ذلك من المعاوضات المالية ، كالإقالة التي في حكم البيع والسلم **والهبة بشرط** العوض وبعض أنواع الصلح ، يعني تثبت الشفعة عند المعاوضة المالية لخروج العقار المشفوع في مقابل عوض مالي من ملك المالك ولو لم يدخل في ملك المشتري ، أما لو خرج من ملك المالك بدون مقابل أو عوض مالي ، سواء أخرج بلا عوض كالهبة أم خرج بعوض غير مالي كجعله بدلا للمهر والإجارة والصلح عن دم العمد فلا تثبت الشفعة ؛ لأنه لو ثبتت الشفعة فيه للزم أن يأخذه الشفيع إما بقيمته أو مجانا ولا يمكن الأخذ بالقيمة ؛ لأن المالك لذلك العقار لم يملكه بقيمته حتى يستطيع الشفيع أخذه بالقيمة . انظر المادة ، (٩٥٠) . وليس في الإمكان أخذه مجانا . ولهذا السبب فالأخذ مجانا هو تبرع ولم يشرع الإجبار على التبرع ، (الهندية في الباب الأول) . إيضاح البيع : ولفظ البيع ذكر مطلقا ، بناء على المادة ، (٦٤) ، أي سواء أكان البيع

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٧٢/٢

المذكور صحيحا أم كان فاسدا وانقطع حق المالك بمقتضى المادة (٣٧٢) ، (مجمع الأنهر) وسواء أكان البيع باتا أو شرط فيه الخيار للمشتري فقط ، يعني تثبت الشفعة في كل ذلك . وعليه فإن كان للشفيع اتخاذ الشفعة وكان المشتري مخيرا ، فأبطل المشتري البيع بسبب الخيار قبل الأخذ بالشفعة فلا تبقى للشفيع شفعة ؛ لأن هذا الفسخ رفع للبيع من أصله وليس بإقالة ، بناء عليه فقد انعدم السبب في حق الشفيع من أصله . سؤال : بما أن المبيع في صورة كون المشتري مخيرا لا يدخل في ملكه مدة الخيار . واستحقاق الشفعة باعتبار وجود الملك وعدم جريان الشفعة ، بناء على عدم الملك في عقد الإجارة والاستعارة يجب أن لا

". [1]

" تجري الشفعة فيما إذا كان المشتري مخيرا ؟ . الجواب - إن خيار المشتري لا يمنع من زوال ملك البائع والشفعة قائمة على زوال ملك البائع . ألا ترى أنه لو أقر البائع بالبيع وكذب المشتري والبائع منكرا ذلك فللشفيع أخذ العقار المذكور من البائع أيضا . انظر شرح المادة ، (٩٥٠) ، (الهداية ، الكفاية ، أبو السعود) . وفي المبسوط أن الشفعة بالبيع قبل ملك المشتري ، (الجوهرة) . وفي هذه الحال أخذ الشفيع في مدة الخيار المشفوع وأصبح المشتري عاجزا عن المبيع فيلزم البيع ولا ينتقل الخيار المذكور للشفيع ، (الكفاية ، الهداية) لكن بما أن حق المالك في بيع الوفاء لا ينقطع فلا تثبت الشفعة فيه وفي هذه الصورة لو قال البائع إن بيعنا قد كان بيع معاملة وصدقه المشتري ، فلا تأثير لهذا القول في حق الشفيع ، ولو ادعى الشفيع كون البيع قطعيا كان القول له ما لم يوجد دليل على كونه بيع وفاء . كبيع المبيع الكثير بثمن قليل وغبن فاحش . وفي هذه الحال فالقول للبائع والمشتري . وحينئذ لا شفعة للشفيع ، (الهندية في الباب الأول) . إيضاح الإقالة : الإقالة في ثبوت الشفعة في حكم البيع . انظر المادة ، (١٩٦) سواء تقايلا قبل القبض أو بعده فإن للشفيع الشفعة ؛ لأنها عادت إلى البائع على حكم ملك مبتدأ . ألا ترى أنها دخلت في ملكه بقبوله ورضاه فصار ذلك كالشراء منه ، (الجوهرة) . وعليه فلو باع أحد عقاره من آخر وبعد أن سلم الشفيع الشفعة أقيل في البيع فللشفيع أخذه بناء على هذه الإقالة ؛ لأن هذه الإقالة هي في حق الشفيع في حكم عقد جديد ، (رد المحتار) . إيضاح السلم : تجري الشفعة في

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٩٢/٢

العقار الذي يجعل رأس مال للسلم فلو عقد السلم على أن يعطي في مقابل المسلم فيه عقارا معلوما تجري الشفعة في العقار المذكور . حتى ولو نقض الطرفان عقد التسليم والافتراق فللشفيع أخذه ؛ لأن ذلك ليس بفسخ في حق الشفيع بل هو بيع جديد . أما لو افترق الطرفان ولم يسلم العقار في المجلس ، عقد السلم ، بطل السلم كما بطلت الشفعة أيضا . انظر المادة ، (١٨٧) ، (الهندية في الباب الأول) . إيضاح **الهبة بشرط** العوض : سيأتي ذلك في المادة الآتية إيضاح بعض أنواع الصلح : إذا وقع الصلح عن الإقرار على مال عن دعوى مال معين كان في حكم البيع . فعليه تجري الشفعة سواء أكان العقار مصالحا عنه أو كان مصالحا عليه وإذا وقع على المنفعة كان في حكم الإجارة ولا تجري الشفعة إذا كان المصالح عنه عقارا . أما الصلح عن إنكار في دعوى مال معين أو عن سكوت ، فبما أنه في حق المدعي معاوضة وفي حق المدعى عليه تقطع المنازعة بالخلاص من اليمين ، فتجري الشفعة في العقار المصالح عليه ؛ لأنه أخذه عوضا عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه ، (الهداية) . أي إذا لم يكن الصلح من بعض المدعى به ؛ لأنه حينئذ يكون آخذا عين حقه في زعمه فلا شفعة ، (الكفاية ، مجمع الأنهر) أما العقار المصالح عنه فلا تجري الشفعة ، انظر المواد ، (١٠٤٨ ، ١٠٤٩ ، ١٥٥) لأنه إذا صالح عنها بإنكار بقيت الدار في يده ، فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه وكذا إذا صالح عنها سكوت ؛ لأنه يحتمل أنه بذل المال اقتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما أنكر صريحا بخلاف ما إذا

". (١)

" صالح عنها بالإقرار ؛ لأنه معترف بالملك للمدعي ، (مجمع الأنهر) ؛ لأن الحكم لا يثبت بدون شرطه فلا يثبت مع الشك وجود شرطه ولكن الشفيع يقوم مقام المدعي في إقامة الحجة فإن أقام البينة على أن الدار كانت للمدعى عليه أو حلف المدعى عليه فنكل فله الشفعة ، (الهندية في الباب الأول) . - * * * * * - الأحكام المترتبة على ثبوت الشفعة : إذا ثبتت الشفعة للشفيع على هذا الوجه ، فللشفيع نقض جميع تصرفات المشتري . فلو باع المشتري المشفوع أو وهبه وسلمه دفعه أو اتخذه مقبرة أو مسجدا وسمع الشفيع ذلك مؤخرا فله أن يضبطه بالشفعة وينقض التصرفات المذكورة ، (البهجة بزيادة) . بناء عليه لو باع أحد ملكه العقاري من آخر بثلاثمائة قرش وسلمه له وباعه هذا بثلاثمائة وخمسين قرشا من

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢/٦٩٣

آخر وسلمه إليه ثم بعد ذلك جاء رجل شفيع لذلك العقار من ديار أخرى وسمع بالبيع فطلبه بالشفعة وراعى شرائطها بتمامها فلذلك الشخص إن شاء أخذه بثلاثمائة قرش من المشتري الأول أو بثلاثمائة وخمسين قرشا من المشتري الثاني ، (فتاوى ابن نجيم) . وفي هذه الحال لو أخذه الشفيع بثلاثمائة قرش من الأول فللمشتري الثاني أن يسترد الخمسين من المشتري الأول ، (الهندية في الباب الخامس) . لكن لو أراد الشفيع الأخذ بالبيع الأول ، فبما أن حضور المشتري الأول في المحاكمة شرط فليس للشفيع حق مخاصمة المشتري الثاني في غيابه . أما لو أراد الشفيع الأخذ بالشفعة بالبيع الثاني فلا يشترط حضور المشتري الأول وله أن يدعي على المشتري الثاني ويأخذه منه ، (الهندية في المحل المزبور) . وقد أشير بعبارة ' إلا بعقد البيع ' إلى أن الشفعة لا تثبت في الهبة والصدقة والميراث والوصية ، وذلك كما هو مصرح في المادة ، (٢٣ . ١) . والسبب في تفسير عبارة ، (بعقد البيع) بجملة ، (عند المعاوضة المالية) هو : أن أسباب الشفعة هي الحالات المبينة في المادة ، (١٠٠٨) وليس البيع من تلك الأسباب ، (الهندية) . فتكون المعاوضة المالية من شرائط الشفعة وليست أحد أسبابها . - * * * * * - (مادة ١٠٢٢) - ، (**الهبة بشرط** العوض في حكم البيع . بناء عليه لو ذهب وسلم أحد داره المملوكة لآخر بشرط عوض يكون جاره الملاصق شفيعا) الهبة الصحيحة بشرط العوض بعد التقابض هي في حكم البيع ، أي في ثبوت الشفعة ؛ لأن **الهبة بشرط** العوض وإن كانت هبة ابتداء فهي بيع انتهاء ، (الهداية) . كما قد صار إيضاحه في شرح المادة (٨٥٥) يعني لو قال أحد لآخر : وهبتك هذا المال على أن تعطيني كذا عوضا وعقد عقد الهبة على هذه الصورة كانت **هبة بشرط** العوض ، أما لو عقد عقدا بقوله قد وهبتك هذا المال بكذا قرشا كان العقد عقد بيع ، (أبو السعود) ، انظر المادة ، (٣) مع شرح المادة ، (٨٥٥) . إيضاح القيود : ١ - الهبة المقصودة هي الصحيحة ، أما الهبة الفاسدة فلا تثبت بها الشفعة وإن كانت بشرط العوض فلو وهب أحد عقار ولده الصغير بشرط العوض تصح عند أبي يوسف ولا تثبت الشفعة . كذلك لو وهب أحد حصته في قصر بشرط العوض وقع التقابض تصح ولا تجري الشفعة ، (الهندية في الباب الأول) .

". (١)

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢/٦٩٤

" ٢ – بشرط العوض : فالهبة بهذا الشرط ، أي فالمقصود بعقد **الهبة بشرط** العوض ، هي الهبة التي يشترط فيها إعطاء العوض ، كما قد بين في شرح المادة ، (٨٦٨) وعليه فلو كان المال الموهوب في هذا النوع من الهبة عقارا ليأخذه الشفيع ويعطي الموهوب له مثل العوض إن كان من المثليات ويعطيه قيمته إن كان من القيميات ، (أبو السعود) ، انظر شرح المادة ، (١٠٣٦) . ثم اعلم أن الشفعة إذا وجبت في الموهوب قائما تجب بمثل العوض إن كان له مثل ، فإن لم يكن وجبت بقيمة الدار ، (انتهى أبو السعود) ويلزم أن تكون عبارة ' بقيمة العوض ، بدل عبارة ' قيمة الدار ' وعليه فقد ترجم على هذه الصورة ، وإذا كان العوض عقارا والمال الموهوب عقارا فتجري الشفعة في الموهوب وفي العوض فلو وهب أحد داره من آخر بشرط أن يعطيه دكانه الفلانية ووقع التقابض في العوض فكما تثبت الشفعة في الدار تثبت في الدكان . فيعطي من يأخذ الدار بالشفعة قيمتها كما يعطي من يأخذ الدكان قيمتها أيضا . ٣ – بعد التقابض : يعني أن ثبوت الشفعة في **الهبة بشرط** العوض مشروط بقبض الموهوب وقبض العوض أيضا . بناء عليه لو وهب أحد آخر عقارا بشرط أن يهب له ألف قرش فإنما تثبت الشفعة عند قبض الواهب ألف قرش ، والموهوب له العقار . انظر المادة ، (٨٥٥) وشرحها . ولا تثبت الشفعة بقبض أحد العوضين حتى إنه يلزم طلب الشفعة في **الهبة بشرط** العوض وقت التقابض . وعليه فلو سلم الشفيع الشفعة بعد قبض أحد العوضين كان هذا التسليم باطلا فإذا قبض العوض الآخر فللشفيع أن يطلب الشفعة ، ولا بد وأن لا يكون الموهوب وعوضه شائعا ؛ لأنه هبة ابتداء ، (أبو السعود . والدر المنتقى) . فعليه لو وهب أحد داره المملوكة أو عقارا آخر لآخر بشرط العوض وسلمه إياها وقبض العوض أيضا وتسلمه كان شريكه في تلك الدار أو ذلك العقار أو خليطه أو جاره الملاصق شفيعا ، وللشفيع كما ذكر آنفا أخذ الموهوب بالشفعة بعد إعطاء الموهوب له مثل العوض أو قيمته وقت القبض . – * * * * * – (مادة ١٠٢٣) – ، (لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك لآخر بلا بدل كتملك أحد عقارا بلا شرط عوض أو بميراث ، أو بوصية) . أو ببدل غير مالي كالمهر ؛ لأن الشفعة قد شرعت في المبادلة المالية ، وبين السبب في شرح المادة ، (١٠٢١) ، (الكفاية) . إيضاح القيود : ١ – بلا عوض : وفائدة هذا تستفاد من المادة الآنفة وفي هذه الصورة لو أراد أحد بيع عرصته المملوكة من آخر ، ولئلا يطلب الجار الملاصق الشفعة أفرز نصف ذراع من عرض العرصة على امتداد العقار المشفوع به ووهبه من المشتري وسلمه إياه ثم بعد ذلك باعه الباقي ، فلا شفعة للجار ؛ لأن القسم المتصل بالمشفوع به موهوب ولا تجري

الشفعة في الهبة ، أما القسم المباع فليس ملاصقا ، وسيبين شرحا في ختام هذا الكتاب أن هذه المسألة إحدى حيل إسقاط حق الشفعة . ٢ - بلا شرط ، وفائدة هذا تستفاد من المادة الآنفة مثلا لو وهب الواهب عرصته المملوكة بلا شرط

". (١)

" تكون الرواية مطابقة لرواية الأصل ، وموافقة للفتوى ، وستؤول المادة ، (١٣٢٠) أثناء شرحها على هذا الوجه ، ولما كانت المادة ، (١٠٣٢) متممة لهذه المادة فقد كان من المناسب ورودها هنا . إن لزوم طلب المواثبة مشروط بسماع عقد البيع ، وعليه فمتى سمع العقد يثبت له حق الشفعة سواء أسمعه عند وقوعه أم بعد مرور عدة سنوات ، (الدرر ، عبد الحليم ، رد المحتار) . لكن في البيع الفاسد لا يلزم إجراء طلب المواثبة عند سماع عقد البيع ، بل يلزم إجراؤه وقت انقطاع حق الفسخ ، وذلك كما هو مبين في شرح المادة ، (١٠٢٦) ويجب طلب الشفعة في بيع الفضولي الذي فيه خيار الشرط للبائع وقت البيع عند الإمام أبي يوسف ، وعند الإمام محمد يجب طلب الشفعة وقت الإجازة . ويلزم طلب الشفعة في **الهبة بشرط** العوض وقت القبض وعلى رواية وقت العقد ، (الهداية في الباب الثالث) . ٧ طلب الشفعة كقوله أنا : إن ألفاظ الطلب لا تنحصر في الألفاظ المذكورة ، فكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة يصح طلب الشفعة به ؛ لأن العبرة للمعاني ، بمقتضى المادة ، (٣) ، والصحيح أنه لو طلب الشفعة بأي لفظ يفهم منه طلب الشفعة جاز ، (الهندية) كطلبت الشفعة ؛ لأن هذه الألفاظ في العرف يراد بها الطلب في الحال لا الإخبار عن ماض أو مستقبل ، وقيل يقول اطلب الشفعة وآخذها ولا يقول طلبتها وأخذتها فإن قال ذلك بطلت شفعته ؛ لأن ذلك كذب محض والجواب ما قلنا ، (الطحطاوي) وصيغة هذا الطلب تكون بالماضي والمستقبل على الصحيح ، وبقوله الشفعة كذا في الخانية . ويقال لهذا طلب المواثبة . والمواثبة مأخوذة من الوثوب على وزن مفاعلة ، وفي هذا استعارة ؛ لأن السير مع الوثوب يكون أسرع في قطع المسافة ، سمي به ليدل على غاية التعجيل ، (مجمع الأنهر) . وتسمية ذلك بطلب المواثبة للتبرك بلفظ الحديث الشريف القائل ﴿ الشفعة لمن واثبها ﴾ ' . أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة ، (أبو السعود) . - * * * * * - قال الطحطاوي : تبركا بلفظه صلى الله عليه وسلم ﴿ الشفعة

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢/٦٩٥

لمن واثبها ﴾ ' . لا يشترط في طلب المواثبة الإشهاد . يعني لا يشترط في صحة طلب المواثبة الإشهاد ، أي حضور شهود وعليه فلو صدق المشتري على إجراء الشفيع طلب المواثبة كان الطلب المذكور مقبولا ومعتبرا ، (التنقيح ، مجمع الأنهر) . يعني أن عدم الإشهاد على طلب المواثبة ، ولو أمكن الإشهاد ، لا يستلزم بطلان الطلب المذكور إلا أن ترك الطلب المذكور بدون عذر يوجب سقوط الشفعة ، والعذر هو كأن يكم أحد فم الشفيع أو أن يكون الشفيع في الصلاة . لكن لو أنكر المشتري إجراء الطلب المذكور فيجب الإشهاد لإثباته ، (الدرر) يعني لو ادعى المشتري أثناء المحاكمة لأجل الشفعة أن الشفيع لم يطلب المواثبة عند علمه بالبيع ، كأن يقول المشتري سقطت بناء على ذلك وأظهر الشفيع أنه أجرى طلب المواثبة عند علمه بالبيع ، كان القول للمشتري وبما أن الشفيع مجبر على طلب المواثبة فيجب على الشفيع توثيقا لحقه الإشهاد على طلب المواثبة وفي هذه الصورة إذا كان الشفيع في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع وجده لم يكن لديه شهود يستشهدهم . وإذا فهم أن الشفيع محتاج إلى إقامة البينة فعليه ، أن يفتش على الشهود ويقول لهم إنني

". (١)

" – الفصل الرابع في بيان المسائل المتعلقة بالمأمور بالإيفاء قد بين في الكتب الفقهية بعض قواعد لرجوع المأمور على الآمر بعد إيفائه المأمور به وصرف من ماله على إيفائه . بما أنه بعض مستثنيات إذا أخذت القواعد المذكورة منفردة تخل بكليتها فلنبادر إلى سرد وإيضاح القواعد الآتية الناشئة عن مزج القواعد المذكورة بعضها ببعض . القاعدة الأولى – إذا أوفى أحد من ماله ما هو مطالب به آخر مع الحبس والملازمة أو ما هو واجب عليه وجوبا دنيويا أو إذا ملك المدفوع إليه الشيء المدفوع في مقابل المال المملوك بأمر ذلك الآخر كان له الرجوع عليه ولو لم يكن ثمة شرط للرجوع كنفقة الأولاد والعيال وأداء الدين وإنشاء الدار وإعطاء بدل الغصب وتكفين المتوفى **والهبة بشرط** العوض والأمر بإعطاء العوض . إيضاح القيود والأمثلة : الحبس والملازمة : يخرج بهذا القيد إعطاء النذور والكفارة والزكاة ، والأمر بالإحجاج ؛ لأنه وإن كان يطالب بها من تكون لازمة له فلا يكون مطالبا مع الحبس والملازمة ولا يجب عليه الوجوب الدنيوي ؛ لأنه لا يطالب بالهبة والصدقة مع الحبس والملازمة وقد ذكرت نفقة الأولاد والعيال في المادة (

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢/٧١١

١٥٠٨) وأداء الدين في المادة (١٥٠٦) وإنشاء الدار في المادة (١٥٠٨) . إعطاء بدل الغصب ، إذا لزم الغاصب إعطاء البدل بناء على غصبه مالا واستهلاكه إياه فقال : لآخر أعط بدل الغصب للمغصوب منه من مالك وأعطاه الآخر رجع على الآمر ؛ لأن المدفوع إليه الذي هو المغصوب منه يملك البدل الذي أخذه في مقابل المال المغصوب منه . تكفين المتوفى : إذا أمر أحد ورثة المتوفى أحدا بتكفين ميته وكفنه رجع المأمور على الآمر بناء على ما ورد في الرضى (التنقيح) ؛ لأن التكفين واجب على الورثة . وظاهره أن الهبة لو كانت بشرط العوض فأمره بالتعويض عنها يرجع بلا شرط لوجود الملك بمقابلة مال . القاعدة الثانية – إذا قال : الآمر للمأمور : أعط فلانا كذا درهما وكان المأمور شريكا أو خليطا للآمر أو كان المأمور في عيال الآمر أو قال الآمر أعطها مني أو كان العرف جاريا على الرجوع كما لو كان المأمور صيرفيا يرجع أيضا بلا شرط الرجوع . وتفسير الخليط أن يكون بينهما أخذ وإعطاء أو مواضعة على أنه متى جاء رسول هذا أو وكيله يبيع منه أو يقرضه ، فإنه يرجع على الآمر إجماعا إذ الضمان بين الخليطين مشروط عرفا إذ العرف أنه إذا أمر شريكه أو خليطه بدفع مال إلى غيره بأمره يكون دينا على الآمر والمعروف كالمشروط وأفاد التعليل بالضمان عرفا أن ما يرى به العرف في الرجوع على الآمر يرجع وإن لم يكن خليطا ولا في عيال ولذا أثبتوا الرجوع للصيرفي . القاعدة الثالثة – لو قال : أحد لآخر أعط فلانا من مالك كذا درهما هبة أو قرضا أو عوضا للهبة التي أعطاني إياها أو كفارة عن قسمي أو زكاة مالي أو أرسل فلانا للحج بدلا عني وشرط الرجوع

". (١)

" ربح مطلقا ، وأنه يستحق لذلك أجر المثل ، وادعى رب المال بأنه شرط للمضارب نصف الربح ، وأقام كلاهما البينة ترجح بينة المضارب (التنقيح) . – * * * * * – المسألة التاسعة والعشرون – إذا دفع أحد لآخر مالا فصرفه على المتاع وتاجر فيه ثم طرأ نقصان على رأس المال فادعى دافع المال بأنه دفع المال قرضا ، وادعى القابض بأنه قبضه مضاربة ، وأقام كلاهما البينة ترجح بينة رب المال (الفيضية) من المزارعة . – * * * * * – المسألة الثلاثون – ترجح بينة مدعي صحة المزارعة على بينة من يدعي فسادها بشرط مقدار معين من الخارج من الحجر والإكراه . – * * * * * – المسألة الحادية والثلاثون – إذا ادعى

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٣٧/٣

المحجور قائلا : بعت وقت الحجر ، وادعى المشتري قائلا بعت حال صلاحك ، وأثبت كلاهما مدعاه فترجح بينة المشتري (التنقيح) . – * * * * * – المسألة الثانية ، والثلاثون – إذا اجتمعت بينة الصغر مع بينة الكبر فترجح بينة الكبر أي بينة البلوغ . مثلا : إذا ادعى أحد بعد بيع ماله لآخر قائلا : بعته حال صغري فأرجعه لي ، وادعى المشتري قائلا : بعته حال كبرك فبيعك نافذ ، وأثبت كلاهما مدعاه ترجح بينة البلوغ (النتيجة والبهجة) . – * * * * * – المسألة الثالثة والثلاثون – ترجح بينة الإكراه في البيع والهبة والإقرار والصلح والإبراء عن دعوى المال على بينة الطوع أما في الإجارة فترجح بينة الطوع على بينة الإكراه (الأشباه والفيضية والحموي والنتيجة) من الهبة . – * * * * * – المسألة الرابعة والثلاثون – ترجح بينة الهبة بعوض مع التقابض على بينة الرهن والقبض ؛ لأن **الهبة بشرط** العوض بعد اتصال القبض بالبدلين معاوضة ابتداء ، وانتهاء اعتبارا من وقت القبض أما الرهن فلا يكون بعد قبض المال معاوضة في الحال إلا أنه يكون معاوضة عند الهلاك . – * * * * * – المسألة الخامسة والثلاثون – إذا اجتمعت بينة الهبة بغير عوض مع بينة الرهن مع القبض ترجح بينة الرهن لأن الرهن معاوضة بعد الهلاك وآكد من الهبة (الولوالجية في الفصل . الثالث من الشهادات والدرر والملتقى في دعوى الرجلين) . – * * * * * – المسألة السابعة والثلاثون – ترجح بينة الفساد على بينة الصحة . مثلا : إذا ادعى المبرئ أنه أبرأ آخر مع وجود الآخر أنه أبرأه إبراء صحيحا فترجح بينة دعوى الإبراء الفاسد (النتيجة) . كذلك إذا ادعى المشتري بأن البيع وقع بكذا شرطا مفسدا ، وادعى البائع بأنه باع بيعا صحيحا ،

". (١)

" والثاني : ما يجب فيه الشفعة ، والثالث : من تجب له الشفعة ، والرابع : ما تؤخذ به الشفعة . فأما الفصل الأول : وهو ما تجب به الشفعة ، فهو انتقال الملك بعقود المعاوضات . والعقود على ثلاثة أقسام : قسم يجب فيه العوض ، وقسم لا يجب فيه العوض ، وقسم اختلف قوله في وجوب العوض فيه . فأما الموجب للعوض فخمسة عقود : البيع والإجارة والصلح والصداق والخلع . فالشفعة بجميعها مستحقة كالبيع ؛ لانتقال الملك بها عوضا ، أو معوضا وسنشرح حال كل واحد منهما في موضعه . وأما ما لا يوجب العوض إما لأنه لا ينقل الملك كالرهن والعارية أو لأنه لا يوجب العوض مع انتقال الملك كالوقف

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤/٤٨٩

، والوصية فلا شفعة به ؛ لأن ما لا ينقل الملك لا يستحق به نقل الملك ، وما لا عوض فيه لا معوض فيه فأما إذا قال الرجل لأم ولده : إذا خدمت ورثتي سنة بعد موتي فلك هذا الشقص ، فخدمتهم سنة بعد موته فاستحقت الشقص واختلف أصحابنا هل يغلب في ملكها للشقص حكم المعاوضات ، أو حكم الوصايا على وجهين : أحدهما : أن حكم المعاوضات عليه أغلب ؛ لأنها استحقته بخدمتها ، فعلى هذا يأخذه الشفيع بعد انقضاء السنة بأجرة مثل خدمتها تلك السنة . والوجه الثاني : وهو الظاهر من مذهب الشافعي – رضي الله عنه – أن حكم الوصايا عليه أغلب لأمرين : أحدهما : اعتباره من الثلث ، والثاني : ملكه الشقص عمن لم يملك الخدمة ، فعلى هذا يكون وصية على صفة بعد الموت ، ولا شفعة فيها . وأما ما اختلف قوله في وجوب العوض فيه فعقد الهبة ، اختلف قوله في وجوب المكافأة عليها ، فقال في القديم والإملاء بوجوب المكافأة عليها ، فعلى هذا تجب الشفعة بها بالثواب الذي تجب به المكافأة . فعلى هذا لو شرط الثواب فيها قدرا معلوما كان على قولين : أحدهما : قاله في الإملاء ، إن الهبة جائزة ، والشفعة فيها واجبة بالثواب المشروط ؛ لأنها إذا صحت مع الجهل بالثواب كانت مع العلم به أصح . والقول الثاني : أن **الهبة بشرط** الثواب باطلة ، والشفعة فيها ساقطة ؛ لأن تقدير العوض ." [1]

"أن حكم المعاوضات عليه أغلب ؛ لأنها استحقته بخدمتها ، فعلى هذا يأخذه الشفيع بعد انقضاء السنة بأجرة مثل خدمتها تلك السنة . والوجه الثاني : وهو الظاهر من مذهب الشافعي – رضي الله عنه – أن حكم الوصايا عليه أغلب لأمرين : أحدهما : اعتباره من الثلث ، والثاني : ملكه الشقص عمن لم يملك الخدمة ، فعلى هذا يكون وصية على صفة بعد الموت ، ولا شفعة فيها . وأما ما اختلف قوله في وجوب العوض فيه فعقد الهبة ، اختلف قوله في وجوب المكافأة عليها ، فقال في القديم والإملاء بوجوب المكافأة عليها ، فعلى هذا تجب الشفعة بها بالثواب الذي تجب به المكافأة . فعلى هذا لو شرط الثواب فيها قدرا معلوما كان على قولين : أحدهما : قاله في الإملاء ، إن الهبة جائزة ، والشفعة فيها واجبة بالثواب المشروط ؛ لأنها إذا صحت مع الجهل بالثواب كانت مع العلم به أصح . والقول الثاني : أن **الهبة بشرط** الثواب باطلة ، والشفعة فيها ساقطة ؛ لأن تقدير العوض الجزء السابع [2] فيها يجعلها بيعا ، والبيع بلفظ الهبة

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٣٢/٧

(٢) ٢٣٣

باطل ، فهذا حكم الهبة على قوله في القديم والإملاء ، وقال في الجديد : إن المكافأة على الهبة غير واجبة ، فعلى هذا لا شفعة بها ويكون انتقال." [١]

" الباب الثامن في اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك لو حلف لا يشتري أو لا يبيع أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث إلا أن ينوي أن لا يأمر غيره فحينئذ شدد الأمر على نفسه بنيته أو يكون الحالف ممن لا يباشر هذه العقود بنفسه فحينئذ يحنث بالتفويض فإن كان يباشر تارة ويفوض أخرى يعتبر الغالب كذا في الكافي ولو حلف لا يبيع ولا يشتري يحنث بالفاسد قبل القبض وبالذي فيه الخيار للبائع أو للمشتري وبالبيع بطريق الفضول **وبالهبة بشرط** العوض عند التقابض ولا يحنث بالبيع الباطل وبيع المدبر وأم الولد والمكاتب وكذا بالإقالة بعد البيع أما لو تبايعا بلفظ الإقالة ابتداء فيحنث ولا يحنث بالرد بالعيب بالتراضي ولا يحنث بدون قبول المشتري كذا في العتابية من حلف لا يبيع فباع الفضولي ماله فأجاز لا يحنث إلا أن يكون ممن لا يتولى البيع بنفسه كذا في الفتاوى الصغرى ولو حلف لا يشتري فاشترى شيئا من الفضولي أو الخمر يحنث كذا في شرح تلخيص الجامع الكبير سئل أبو بكر عمن حلف أن يبيع عبده فسرق منه قال لا يحنث ما لم يستيقن بموته كذا في الخلاصة قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير إذا قال إن لم أبع هذا العبد فكذا فأعتق العبد أو دبره حنث في يمينه ولو كانت هذه المقالة للجارية وباقي المسألة بحالها فالصحيح أنه يحنث كذا في التتارخانية قال لأمته إن لم أبعك فأنت حرة فاستولدها عتقت في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كذا في الخلاصة حلف لا يبيع هذا العبد ولا يهبه قال نصير يهب ويبيع نصفه فلا يحنث سئل الشيخ الإمام الرازي رحمه الله تعالى عمن حلف ليبيعن جاريته ولا يوقت حتى ولدت منه فقال لا يحنث المولى استحسانا وسئل أبو نصر الدبوسي عمن قال لجاريته إن لم أبعك إلى شهر فأنت حرة ثم ظهر بها حبل منه قال يحل له أن يطأها بعد الشهر إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى حنث ولا يحل له أن يطأها بعد الشهر وإذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يحل له أن يطأها بعد الشهر إجماعا كذا في الحاوي رجل قال والله لأبيعن أم ولد فلان أو قال والله لأبيعن هذا الرجل الحر قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى وهو على البيع الفاسد إن باعهما بيعا فاسدا بر في يمينه كذا في فتاوى قاضي خان لو أن رجلا قال لو بعت هذا المملوك من زيد فهو حر فقال زيد قد أجزت ذلك أو رضيت ثم اشترى لم يعتق ولو قال إن اشترى زيد مني هذا العبد فهو حر قال زيد

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٥٣/٧

نعم ثم اشتراه عتق عليه العبد كذا في الإيضاح روى هشام عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل قال والله لا أبيعك هذا الثوب بعشرة حتى تزيدني فباعه بتسعة لا يحنث في القياس يحنث وفي الاستحسان يحنث وبالقياس أخذ كذا في البدائع ولو حلف لا يبيعه بعشرة إلا بأكثر أو بزيادة فباعه بأحد عشر لا يحنث ولو باعه بعشرة يحنث وكذا لو باعه بتسعة ودينار في القياس وفي الاستحسان لا يحنث ولو قال المشتري عبده حر إن اشتراه بعشرة حتى ينقصه إن اشتراه بعشرة يحنث وإن اشتراه بأحد عشر يحنث أيضا وإن اشتراه بتسعة لم يحنث وإن اشتراه بتسعة ودينار لم يحنث قيل هذا جواب القياس أما على جواب الاستحسان فيحنث ولو قال عبده حر إن اشتراه بعشرة إلا بالأقل أو بالأنقص فاشتراه بعشرة أو بأكثر يحنث وإن اشتراه بتسعة ودينار أو بتسعة وثوب فالقياس أن لا يحنث وفي الاستحسان يحنث ولو قال البائع لا أبيعك بعشرة حتى تزيدني فباعه بتسعة ودينار قيمته خمسة لا يحنث كذا في شرح الجامع الكبير للحصيري في باب الحنث في اليمين في التساوم في الزيادة والنقصان رجل حلف أن لا يبيع داره فأعطاها امرأته في صداقها حنث قال

". (١)

" مع القبض فيهما مستويان وهذا فيما لا يحتمل القسمة من غير خلاف واختلفوا فيما يحتمل القسمة والأصح أنه لا يصح وهذا إذا لم توقت البينتان ولم يكن مع واحد منهما قبض وأما إذا وقتتا فصاحب الوقت الأقدم أولى وإن لم يوقتا ومع أحدهما قبض كان هو أولى وكذا إن وقت صاحبه كذا في التبيين وإن وقتت بينة أحدهما فصاحب الوقت أولى كذا في المحيط رجلان ادعيا عينا في يد آخر فادعى أحدهما الشراء من زيد وادعى الآخر أنه ارتهنه من زيد وقبضه وأقاما البينة ولم يؤرخا أو أرخا على السواء فالشراء أولى فإن أرخ أحدهما دون الآخر فالمؤرخ أولى أيهما كان أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو أولى وإن كانت العين في يد أحدهما فهو أولى إلا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فحينئذ يقضى للخارج كذا في الفصول العمادية لو ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا من صاحب اليد وأقاما البينة ولم يكن مع أحد منهما تاريخ ولا قبض كان الرهن أولى وهذا استحسان كذا في التبيين هذا إذا كانت دعواهما من واحد أما إذا كانت من اثنين فهما سواء كذا في السراج الوهاج فإن ترجح أحدهما بالتاريخ أو أسبقية اليد يقضى له به كذا في

---

(١) الفتاوى الهندية، ١١٣/٢

الفصول العمادية هذا إذا لم تكن **الهبة بشرط** العوض وأما إذا كانت بشرط العوض فهي أولى هكذا في السراج الوهاج والهداية إذا ادعى أحدهما شراء العبد وادعت المرأة تزوجها عليه فهما سواء يقضى بالعبد بينهما نصفين هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء وهذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى الشراء أولى وأما إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالأسبق أولى هكذا في غاية البيان ثم عند أبي يوسف رحمه الله تعالى للمرأة نصف العين ونصف قيمتها على الزوج وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن إن شاء فسخ البيع وعند محمد رحمه الله تعالى لها على الزوج قيمة العين هكذا في التبيين وإذا اجتمع النكاح والهبة والرهن والصدقة فالنكاح أولى كذا في المحيط شهد شاهدان بالقرض وشاهدان بالمضاربة فالبينة لمدعي القرض كذا في محيط السرخسي مسائل متفرقة في المنتقى دار في يد رجل أقام رجل بينة أني كنت ادعيت هذه الدار وأن صاحب اليد صالحني منها على مائة درهم وأقام الذي في يديه الدار بينة أنه أبرأه من حقه من دعواه في هذه الدار فبينة الصلح أولى كذا في الذخيرة رجل ادعى أمة في يدي رجل أنه اشتراها من صاحب اليد بألف درهم وأنه أعتقها وأقام على ذلك البينة وأقام آخر بينة أنه اشتراها من صاحب اليد بألف درهم ولم يذكر الإعتاق فصاحب العتق أولى ولم يذكر ما إذا كان مدعي الشراء قبض العبد فلو كان قبض العبد كان هو أولى هكذا في المحيط رجل له عبد أقام العبد بينة أن المولى أعتقه أو دبره وأقام رجل آخر بينة أن المولى باع العبد منه بألف درهم فإن لم يكن المشتري قبض العبد منه فبينة العبد أولى وإن كان المشتري قبض العبد فبينة المشتري أولى وإذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخا هكذا في الذخيرة لو ادعت أمة أنها ولدت من مولاها وأقامت على ذلك بينة وأقام رجل بينة أنه اشتراها من مولاها فبينة الأمة أولى سواء كانت في قبض المشتري أو لم تكن في قبضه ولو وقتت بينة المشتري وقتا قبل الحبل بثلاث سنين كانت بينة المشتري أولى كذا في المحيط أمة في يد رجل أقام البينة أنه دبرها وهو يملكها وأقام آخر البينة أنها ولدت منه وهو يملكها وأقام آخر على مثل ذلك فهي للذي في يده كذا في فتاوى قاضي خان وإذا أقام عبد البينة أن فلانا ينكر أو يقر وأقام آخر البينة أنه عبده قضيت به للذي أقام البينة أنه عبده

____

". (١)

---

(١) الفتاوى الهندية، ٤/٨٨

" ذكرنا لم يكن عوضا بل كان هبة مبتدأة لكل واحد منهما حق الرجوع والثاني أن لا يكون العوض في العقد مملوكا بذلك العقد حتى لو عوض الموهوب له ببعض الموهوب لا يصح ولا يكون عوضا وإن كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيرا يمنع الرجوع فإن بعض الموهوب يكون عوضا عن الباقي هذا إذا وهب شيئا واحدا أو شيئين في عقد واحد فأما إذا وهب شيئين في عقدين فعوض أحدهما عن الآخر فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يكون عوضا ولو وهب له شيئا وتصدق عليه بشيء فعوضه الصدقة من الهبة كانت عوضا بالإجماع والثالث سلامة العوض للواهب فإن لم يسلم بأن استحق من يده لم يكن عوضا وله أن يرجع في الهبة إن كان الموهوب قائما بعينه لم يهلك ولم يزدد خيرا أو لم يحدث فيه ما يمنع الرجوع فإن كان قد هلك أو استهلكه الموهوب له لم يضمنه كما لو هلك أو استهلكه قبل التعويض وكذا إذا ازداد خيرا لم يضمن كذا في البدائع وإن استحق بعض العوض فما بقي منه فهو عوض عن الهبة كلها وإن شاء رد ما بقي في يده من العوض ويرجع بالهبة كلها إن كانت قائمة لم تخرج من ملك الموهوب له ولم يزد في بدنها كذا في السراج الوهاج وأما سلامة المعوض وهو الموهوب فشرط التعويض حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض ولو استحق نصف الموهوب فللموهوب له أن يرجع في نصف العوض إن كان الموهوب مما يحتمل القسمة سواء زاد العوض أو نقض في السعر أو زاد في البدن أو نقص فيه كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان كذا في البدائع وإن قال أرد ما بقي من الهبة وأرجع في العوض كله لم يكن له ذلك وإن كان العوض مستهلكا ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له به من العوض كذا في السراج الوهاج وإذا استحق كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض كذا ذكر في الأصل من غير خلاف كذا في البدائع هذا إذا كان الموهوب أو العوض شيئا لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه فأما إذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق بعض أحدهما بطل العوض إن كان هو المستحق وكذا تبطل الهبة إن كانت هي المستحقة وإذا بطل العوض رجع في الهبة وإذا بطلت الهبة يرجع في العوض هكذا في السراج الوهاج الثاني بيان ماهيته فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف بين أصحابنا يصح بما تصح به الهبة ويبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها إلا في إسقاط الرجوع على معنى أنه يثبت حق الرجوع في الأولى ولا يثبت في الثانية فأما فيما وراء ذلك فهو في حكم هبة مبتدأة ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيبا فاحشا لم يكن له أن يرد ويرجع في العوض وكذلك الواهب إذا وجد بالعوض عيبا لم يكن له أن يرد العوض ويرجع في الهبة فإذا قبض الواهب العوض فليس لكل واحد منهما

أن يرجع على صاحبه فيما ملكه سواء عوضه الموهوب له أو أجنبي بأمر الموهوب له أو بغير أمره كذا في البدائع ويشترط شرائط الهبة في العوض بعد الهبة من القبض والحيازة والإفراز كذا في خزانة المفتين ولا يكون في معنى المعاوضة ابتداء وانتهاء فلا يثبت للشفيع الشفعة ولا للموهوب له الرد بالعيب كذا في محيط السرخسي النوع الثاني العوض المشروط في عقد الهبة فإن كانت **الهبة بشرط** العوض شرط لها شرائط الهبة في الابتداء حتى لا يصح في المشاع الذي يحتمل القسمة ولا يثبت بها الملك قبل القبض ولكل واحد منهما أن يمتنع من التسليم وبعد التقابض يثبت لها حكم البيع فلا يكون لأحدهما أن يرجع فيما كان له ويثبت بها الشفعة ولكل واحد منهما أن يرد بالعيب ما قبض والصدقة بشرط العوض بمنزلة **الهبة بشرط** العوض وهذا استحسان والقياس أن تكون **الهبة بشرط** العوض بيعا ابتداء وانتهاء كذا في فتاوى قاضي خان وهب دارا من رجلين بشرط عوض ألف درهم ينقلب بيعا جائزا بعد التقابض كذا في القنية ولو عوض عن جميع الهبة قليلا كان العوض أو كثيرا فإنه يمنع الرجوع ولو عوض عن بعض الهبة عن ملكه فله الرجوع فيما لم يعوض عنه وليس له الرجوع فيما عوض كذا في شرح الطحاوي إذا تصدق الموهوب له على الواهب بصدقة أو نحله أو أعمره فقال هذا عوض هبتك جاز كذا

". (١)

" في الصغرى ويجوز تعويض الأجنبي سواء كان بأمر الموهوب له أو بغير أمره وليس للأجنبي المعوض أن يرجع على الموهوب له سواء عوض بأمره أو بغير أمره إلا أن يقول الموهوب له عوض فلانا عني على أني ضامن وهو كما لو قال هب لفلان عبدك هذا عني فإن المأمور لا يرجع على الآمر إلا أن يقول له الآمر على أني ضامن هكذا في فتاوى قاضي خان والأصل في جنس هذه المسائل أن كل ما يطالب به الإنسان بالحبس والملازمة يكون الأمر بأدائه سببا للرجوع من غير اشتراط الضمان وكل ما لا يطالب به الإنسان بالحبس والملازمة لا يكون الأمر بأدائه سببا للرجوع إلا بشرط الضمان كذا في الظهيرية ولو وهب له هبة فعوضه عوضا على غير شرط فقبضه ثم استحق العوض فله أن يرجع في الهبة إن كانت قائمة في ملك الموهوب له ولم تزدد ولم يحدث فيها ما يمنع الرجوع فيها كذا في السراج الوهاج وإن استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع كذا في الخلاصة وإن كانت الهبة قد هلكت أو استهلكها الموهوب له لم

---

(١) الفتاوى الهندية، ٣٩٤/٤

يضمنها في قولهم جميعا كذا في السراج الوهاج ولو وهب لرجل ألف درهم فعوضه الموهوب له درهما من تلك الدراهم لم يكن ذلك عوضا عندنا وكان له أن يرجع في هبته وكذا لو كانت الهبة دارا فعوضه بيتا منها كذا في فتاوى قاضي خان وفي الفتاوى العتابية ولو وهب داره بشرط عوض وقيمته ألف فباعها بألفين قبل نقد الثمن أخذها الشفيع بألفين ويدفع الموهوب له للواهب ما شرط أو قيمته ولو حضر الشفيع بعدما دفع المشروط إلى الواهب أخذها به كذا في التتارخانية رجل وهب لرجل ثوبا وخمسة دراهم وسلم الكل إليه ثم عوضه الثوب أو الدراهم لم يكن عوضا عندنا استحسانا كذا في فتاوى قاضي خان ولو وهب له حنطة وطحن بعضها وعوضه دقيقا من تلك الحنطة كان عوضا وكذلك لو وهب له ثيابا وصبغ منها ثوبا بعصفر أو خاطه قميصا وعوضه إياه كان عوضا وكذلك لو وهب له سويقا فلت ب ع ضه وعوضه كذا في الذخيرة ولو وهب نصراني لمسلم هبة فعوضه المسلم خمرا أو خنزيرا لم يكن عوضا وللنصراني أن يرجع في الهبة وكذا الرجل إذا عوض الواهب شاة مسلوخة ثم ظهر أنها ميتة رجع الواهب كذا في فتاوى قاضي خان وهب لرجل ثوبا لغيره وسلمه إليه وأجاز رب الثوب الهبة جازت من ماله فله أن يرجع فيه ما لم يعوضه الموهوب أو لم يكن ذا رحم محرم منه وإن عوض الرجل الذي وهب له أو كان بينهما قرابة لم يمنع ذلك رب الثوب له من الرجوع كذا في المبسوط عبد مأذون له في التجارة وهب لرجل هبة وعوضه الموهوب له من هبته فلكل واحد منهما أن يرجع في الذي له والهبة باطلة وكذلك والد الصغير إذا وهب من مال الصغير شيئا وعوضه الموهوب له كذا في المحيط الصغير إذا وهب ماله لرجل فعوضه الموهوب له لا يصح لأنه عوضه عن هبة باطلة كذا في فتاوى قاضي خان إذا وهب للصغير هبة فعوضه الأب عنها من مال الصغير لم يجز تعويضه وإن كانت الهبة بشرط العوض كذا في الجوهرة النيرة ومن وهب لرجل جاريتين فولدت إحداهما في يد الموهوب له فعوضه الولد عنهما لم يكن له أن يرجع فيهما كذا في السراج الوهاج مريض وهب للصحيح عبدا يساوي ألفا ولا مال له غيره فعوضه الصحيح منه عوضا وقبضه المريض ثم مات والعوض عنده فإن كان العوض مثل ثلث قيمة العبد أو أكثر فالهبة ماضية وإن كانت قيمة العوض نصف قيمة الهبة يرجع ورثة الواهب في سدس الهبة وإن كان العوض شرطا في أصل الهبة فإن شاء الموهوب له رد الهبة كلها وأخذ العوض وإن شاء رد سدس الهبة وأمسك الباقي كذا في المبسوط والله أعلم الباب الثامن في حكم الشرط في الهبة في البقالي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا قال لغيره هذه العين لك إن شئت ودفعها

إليه فقال شئت يجوز وعن محمد رحمه الله تعالى في التمر إذا طلع فقال صاحب التمر لغيره هو لك إن أدرك أو قال إذا كان غد فهو جائز

". (١)

" امرأة قالت لزوجها تصدقت عليك بالألف الذي لي عليك على أن لا تتسرى علي أو قالت على أن لا تتزوج فقبل ثم تزوج أو تسرى فلا رجوع في الألف كذا في المحيط وهبت مهرها لزوجها على أن يجعل أمر كل امرأة تزوجها عليها بيدها ولم يقبل الزوج فالمختار أن الهبة تصح بلا قبول المديون وإن قبل إن جعل أمرها بيدها فالإبراء ماض وإن لم يجعل فالمختار أنه يعود المهر وكذا لو أبرأت على أن لا يضربها ولا يحجرها أو يهب لها كذا فإن لم يكن هذا شرطا في الهبة لا يعود المهر هكذا في الوجيز للكردري والخلاصة قالت امرأة لزوجها تركت مهري عليك إن جعلت أمري بيدي ففعل ذلك فمهرها على حاله ما لم تطلق نفسها لأنها جعلت المهر عوضا عن الأمر باليد وهو لا يصلح عوضا كذا في المضمرات امرأة قالت لزوجها وهبت مهري لك إن لم تظلمني فقبل الزوج ذلك ثم ظلمها بعد ذلك قال الفقيه أبو بكر الإسكاف وأبو القاسم الصفار الهبة فاسدة لأن هذا **تعليق الهبة** بالشرط بخلاف ما لو قالت وهبت لك مهري على أن لا تظلمني فقبل صحت الهبة لأن هذا **تعليق الهبة** بالقبول فإذا قبل تمت الهبة ولا يعود المهر بعد ذلك وقيل مهرها على حاله إذا ظلمها والفتوى على هذا القول وإن ضربها الزوج بعدما قبل الشرط إن ضربها بغير حق يعود المهر وإن ضربها الزوج لتأديب مستحق عليها لا يعود المهر هكذا في الظهيرية وفتاوى قاضي خان وسئل أبو بكر عن امرأة قالت لزوجها اتخذ الوليمة وقت جهازي فما أنفقته فانقص من مهري قال يكون كما قالت له كذا في الحاوي للفتاوى إذا قال الرجل لامرأته أبرئيني عن المهر حتى أهب لك كذا فأبرأته ثم أبى الزوج أن يهبها قال نصير يعود المهر عليه كما كان وذكر في كتاب الحج امرأة تركت مهرها على زوجها على أن يحج قال محمد بن مقاتل إن المهر يعود عليه على حاله قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في واقعاته المختار للفتوى ما قاله نصير ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالى إن المهر يعود كذا في المضمرات امرأة قالت لزوجها إنك تغيب عني كثيرا فإن مكثت معي ولا تغيب وهبت لك الحائط الذي في مكان كذا فمكث معها زمانا ثم طلقها فالمسألة على خمسة وجوه الوجه الأول إذا كانت عدة

---

(١) الفتاوى الهندية، ٣٩٥/٤

منها لا هبة للحال ففي هذا الوجه لا يكون الحائط للزوج الوجه الثاني إذا وهبت له وسلمت إليه ووعدها أن يمكث معها ففي هذا الوجه الحائط للزوج وإن لم تسلم الحائط إلى الزوج لا يكون له الحائط الوجه الثالث إذا وهبت على شرط أن يمكث معها وسلمت إليه وقبل الزوج ففي هذا الوجه الحائط للزوج وهكذا ذكر الشيخ أبو القاسم رحمه الله تعالى وعلى قول نصير ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالى وهو المختار لا يكون الحائط للزوج الوجه الرابع إذا قالت وهبت لك إن مكثت معي ففي هذا الوجه لا يكون الحائط للزوج الوجه الخامس إذا صالحته على أن يمكث معها على أن الحائط هبة ففي هذا الوجه لا يكون الحائط للزوج كذا في المحيط امرأة وهبت مهرها لزوجها ليقطع لها في كل حول ثوبا مرتين وقبل الزوج ذلك فمضى حولان ولم يقطع قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل إن كان ذلك شرطا في الهبة فمهرها على حاله وإن لم يكن شرطا في الهبة سقط مهرها ولا يعود بعد ذلك وكذا لو وهبت مهرها على أن يحسن إليها فلم يحسن إليها كانت الهبة باطلة كذا في فتاوى قاضي خان امرأة قالت لزوجها كابين ترابخشيدم جنك ازمن بدار إن لم يطلقها لم يبرأ عن المهر كذا في الظهيرية امرأة وهبت مهرها من زوجها على أن يمسكها ولا يطلقها فقبل الزوج ذلك قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى إن لم تكن وقتت للإمساك وقتا لا يعود مهرها على الزوج وإن وقتت وقتا فطلقها قبل ذلك الوقت كان المهر عليه على حاله فقيل إذا لم توقت لذلك وقتا كان قصدها أن يمسكها ما عاش قال نعم إلا أن العبرة لإطلاق اللفظ امرأة وهبت مهرها من زوجها على أن لا يطلقها فقبل الزوج قال خلف رحمه الله

". (١)

" أن يأخذه لا يكون ضامنا كذا في فتاوى قاضي خان بعث إلى قصار ليأخذ ثوبه فدفع القصار بالغلط ثوبا آخر وضاع عند الرسول إن كان ثوب القصار لا يضمن وإن كان ثوب غيره خير مالكه بين تضمين القصار والرسول وأيهما ضمن لم يرجع على الآخر كذا في الوجيز للكردري وسئل أبو بكر عمن بعثه إلى ماشيته فركب هو دابة الآمر فعطبت في الطريق قال إن كان بينهما انبساط في أن يفعل في ماله مثل ذلك لم يضمن وإن لم يكن ضمن كذا في الحاوي أخذ أحد الشريكين حمار صاحبه الخاص وطحن به بغير إذنه فأكل الحمار الحنطة في الرحى ومات لم يضمن لوجود الإذن في ذلك دلالة قال رضي الله

---

(١) الفتاوى الهندية، ٣٩٧/٤

عنه فلم يعجبنا ذلك لاعتقادنا العرف بخلافه لكن عرف بجوابه هذا أنه لا يضمن فيما يوجد الإذن دلالة وإن لم يوجد صريحا حتى لو فعل الأب بحمار ولده ذلك أو على العكس أو أحد الزوجين بحمار الآخر ومات لا يضمن للإذن دلالة ولو أرسل جارية زوجته في شأن نفسه بغير إذنها وأبقت لا يضمن كذا في القنية زق انفتح فمر به رجل فإن لم يأخذه لا يضمن وإن أخذه ثم تركه فإن كان المالك حاضرا لا ضمان عليه وإن كان غائبا يضمن وكذلك إذا رأى ما وقع من كم إنسان كذا في الفصول العمادية أدخل دابته في دار غيره فأخرجها صاحب الدار فهلكت لا ضمان عليه كذا في خزانة المفتين وضع ثوبا في دار رجل فرمى به والمالك غائب ضمن هكذا في الحاوي والله سبحانه وتعالى أعلم كتاب الشفعة وهو مشتمل على سبعة عشر بابا الباب الأول في تفسيرها وشرطها وصفتها وحكمها أما تفسيرها شرعا فهو تملك البقعة المشتراة بمثل الثمن الذي قام على المشتري هكذا في محيط السرخسي وأما شرطها فأنواع منها عقد المعاوضة وهو البيع أو ما هو بمعناه فلا تجب الشفعة بما ليس ببيع ولا بمعنى البيع حتى لا تجب بالهبة والصدقة والميراث والوصية لأن الأخذ بالشفعة تملك على المأخوذ منه ما تملك هو فإذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع إما أن يأخذ بالقيمة أو مجانا لا سبيل إلى الأول لأن المأخوذ منه لم يتملك بالقيمة ولا إلى الثاني لأن الجبر على التبرع ليس بمشروع فامتنع الأخذ أصلا وإن كانت **الهبة بشرط** العوض فإن تقابضا وجبت الشفعة وإن قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عند أصحابنا الثلاثة ولو وهب عقارا من غير شرط العوض ثم إن الموهوب له عوضه من ذلك دارا فلا شفعة في الدارين لا في دار الهبة ولا في دار العوض وتجب الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح عن الدار عن إقرار أو إنكار أو سكوت وكذا تجب في الدار المصالح عنها عن إقرار وأما عن إنكار فلا تجب به الشفعة ولكن الشفيع يقوم مقام المدعي في إقامه الحجة فإن أقام البينة أن الدار كانت للمدعي أو حلف المدعى عليه فنكل فله الشفعة وكذلك لا تجب في الدار المصالح عنها عن سكوت لأن الحكم لا يثبت بدون شرطه فلا يثبت مع الشك في وجود شرطه ولو كان بدل الصلح منافع فلا شفعة في الدار المصالح عنها سواء كان الصلح عن إقرار أو إنكار ولو اصطلحا على أن يأخذ المدعي الدار ويعطيه دارا أخرى فإن كان الصلح عن إنكار تجب في كل واحدة من الدارين الشفعة بقيمة الأخرى وإن كان عن إقرار لا يصح الصلح ولا تجب الشفعة في الدارين جميعا لأنهما ملك المدعي ومنها معاوضة المالي بالمال وعلى هذا يخرج ما إذا صالح عن جناية توجب القصاص فيما دون النفس على دار لا تجب ولو صالح عن جناية توجب الأرش دون القصاص

على دار تجب فيها الشفعة وكذا لو أعتق عبدا على دار لا تجب الشفعة ومنها أن يكون المبيع عقارا أو ما هو بمعناه فإن كان غير ذلك فلا شفعة فيه عند عامة العلماء سواء كان العقار مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها كالحمام والرحى والبئر والنهر والعين والدور الصغار ومنها زوال ملك البائع عن المبيع فإذا لم تزل فلا تجب الشفعة كما

". (١)

" مواثبة وطلب تقرير وإشهاد وطلب تمليك أما طلب المواثبة فهو أنه إذا علم الشفيع بالبيع ينبغي أن يطلب الشفعة على الفور ساعتئذ وإذا سكت ولم يطلب بطلت شفعته وهذه رواية الأصل المشهور عن أصحابنا وروى هشام عن محمد رحمه الله تعالى إن طلب في مجلس العلم فله الشفعة وإلا فلا بمنزلة خيار المخيرة وخيار القبول ثم اختلفوا في كيفية لفظ الطلب والصحيح أنه لو طلب الشفعة بأي لفظ يفهم منه طلب الشفعة جاز حتى لو قال طلبت الشفعة وأطلبها وأنا طالبها جاز ولو قال الشفعة لي أطلبها بطلت شفعته ولو قال للمشتري أنا شفيعك وآخذ الدار منك بالشفعة بطلت وإذا علم الشفيع بالبيع فقال الحمد لله أو سبحان الله أو الله أكبر أو عطس صاحبه فشمته أو قال السلام عليك وقد طلبت شفعتها لا تبطل شفعته وكذلك لو قال من اشتراها وبكم اشتراها وإذا قال بالفارسية من شفاعت خواهم بطلت شفعته والطلب في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت شرائه فأما في بيع الفضولي أو في البيع بشرط الخيار للبائع فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يعتبر الطلب وقت البيع وعند محمد رحمه الله تعالى يعتبر وقت الإجازة وفي **الهبة بشرط** العوض روايتان في رواية يعتبر الطلب وقت القبض وفي رواية يعتبر وقت العقد ولو سمع الشريك والجار بيع الدار وهما في موضع واحد وطلب الشريك الشفعة وسكت الجار ثم ترك الشفيع الشفعة ليس للجار أن يأخذ الشفعة دار بيعت ولها شفيعان وأحدهما غائب وطلب الحاضر نصف الدار بالشفعة بطلت شفعته وكذا لو كانا حاضرين وطلب كل واحد منهما الشفعة في النصف بطلت شفعتهما كذا في محيط السرخسي ثم علمه بالبيع قد يحصل بسماعه بنفسه وقد يحصل بإخبار غيره لكن هل يشترط فيه العدد والعدالة اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يشترط أحد هذين أما العدد في المخبر رجلان أو رجل وامرأتان وأما العدالة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يشترط فيه

---

(١) الفتاوى الهندية، ١٦٠/٥

العدالة ولا العدد حتى لو أخبره واحد بالشفعة عدلا كان المخبر أو فاسقا حرا أو عبدا مأذونا بالغا أو صبيا ذكرا أو أنثى فسكت ولم يطلب على فور الخبر على رواية الأصل أو لم يطلب في المجلس على رواية محمد رحمه الله تعالى بطلت شفعته عندهما إذا ظهر كون الخبر صادقا وذكر الكرخي أن هذا أصح الروايتين كذا في البدائع وإن كان المخبر رجلا واحدا غير عدل إن صدقه الشفيع في ذلك ثبت البيع بخبره بالإجماع وإن كذبه في ذلك لا يثبت البيع بخبره وإن ظهر صدق الخبر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يثبت البيع بخبره إذا ظهر صدق الخبر كذا في الذخيرة وأما طلب الإشهاد فهو أن يشهد على طلب المواثبة حتى يتأكد الوجوب بالطلب على الفور وليس الإشهاد شرطا لصحة الطلب لكن ليتوثق حق الشفعة إذا أنكر المشتري طلب الشفعة فيقول له لم تطلب الشفعة حين علمت بل تركت ال طلب وقمت عن المجلس والشفيع يقول طلبت فالقول قول المشتري فلا بد من الإشهاد وقت الطلب توثيقا وإنما يصح طلب الإشهاد بحضرة المشتري أو البائع أو المبيع فيقول عند حضرة واحد منهم إن فلانا اشترى هذه الدار أو دارا ويذكر حدودها الأربعة وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأنا أطلبها الآن فاشهدوا على ذلك ثم طلب الإشهاد مقدر بالتمكن من الإشهاد فمتى تمكن من الإشهاد عند حضرة واحد من هذه الأشياء ولم يطلب الإشهاد بطلت شفعته نفيا للضرر عن المشتري فإن ترك الأقرب من هذه الثلاثة وذهب إلى الأبعد إن كان الكل في مصر واحد لا تبطل استحسانا وإن كان الأبعد في مصر آخر أو في قرية من قرى هذا المصر بطلت شفعته لأن المصر الواحد مع نواحيه وأماكنه جعل كمكان واحد ولو كان الكل في مكان حقيقة وطلب من أبعدها وترك الأقرب جاز فكذا هذا إلا أن يصل إلى الأقرب ويذهب إلى الأبعد فحينئذ تبطل وإن كان المبيع لم يقبض فهو بالخيار إن شاء أشهد على طلبه عند البائع أو المشتري أو المبيع وإن كان

". (١)

" الثمن ألفا فعلم الشفيع بألفين ولم يعلم بالألف فإن أخذ بالألفين بقضاء أبطلت الزيادة وعليه ألف وإن أخذها برضا كان الأخذ بمنزلة شراء مبتدأ فلم يبق حق الشفعة كذا في محيط السرخسي ولو أوصى المشتري لإنسان كان للشفيع أن ينقض الوصية ويأخذ من الورثة والعهدة عليهم كذا في التتارخانية ولو

---

(١) الفتاوى الهندية، ١٧٢/٥

اشترى قرية فيها بيوت وأشجار ونخيل ثم إنه باع الأشجار والبناء فقطع المشتري بعض الأشجار وهدم بعض البناء ثم حضر الشفيع كان له الأرض وما لم يقطع من الأشجار وما لم يهدم من البناء وليس له أن يأخذ ما قطع ويطرح عن الشفيع حصة ما قطع من الشجر وما هدم من البناء كذا في فتاوى قاضي خان ولو اشترى دارا فهدم بناءها ثم بنى فأعظم المنفعة فإن الشفيع يأخذها بالشفعة ويقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء الذي كان فيها يوم اشترى ويسقط حصة البناء لأن المشتري هو الذي هدم البناء وينقض المشتري بناءه المحدث عندنا كذا في المبسوط الباب التاسع فيما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته وما لا يبطل وما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته نوعان اختياري وضروري والاختياري نوعان صريح وما يجري مجراه ودلالة أما الأول فنحو أن يقول الشفيع أبطلت الشفعة أو أسقطتها أو أبرأتك عنها أو سلمتها أو نحو ذلك سواء علم بالبيع أو لم يعلم إن كان بعد البيع لأن إسقاط الحق صريحا يستوي فيه العلم والجهل بخلاف الإسقاط من طريق الدلالة فإنه لا يسقط حقه ثمة إلا بعد العلم بالبيع وأما الدلالة فهو أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري نحو ما إذا علم بالشراء فترك الطلب على الفور من غير عذر أو قام عن المجلس أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين وكذا إذا ساوم الشفيع الدار من المشتري أو سأله أن يوليه إياه أو استأجرها الشفيع من المشتري أو أخذها مزارعة أو معاملة وذلك كله بعد العلم هكذا في البدائع ولو استودعه أو استوصاه أو سأله أن يتصدق بها عليه فهو تسليم هكذا في التتارخانية ولو قال المشتري أوليكها بكذا فقال الشفيع نعم فهو تسليم هكذا في الذخيرة وأما الضروري فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة فتبطل شفعته وهذا عندنا ولا تبطل بموت المشتري وللشفيع أن يأخذ من وارثه كذا في البدائع تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وبعده صحيح علم الشفيع بوجوب الشفعة أو لم يعلم علم من أسقط إليه هذا الحق أو لم يعلم كذا في المحيط إذا قال المشتري للشفيع أنفقت عليها كذا في بنائها وأنا أوليكها بذلك وبالثمن فقال نعم فهو تسليم منه كذا في الباب العاشر من كتاب الصلح من المبسوط ولا يصح تسليم الشفعة بعدما أخذ الدار بالشفعة ولا يصح التسليم في الهبة بعوض قبل القبض كذا في التتارخانية وإذا سلم الشفيع الشفعة في هبة بعوض بعد التقابض ثم أقر البائع والمشتري أنها كانت بيعا بذلك العوض لم تكن للشفيع فيها الشفعة وإن سلمها في هبة بغير عوض ثم تصادقا أنها كانت بشرط عوض أو كانت بيعا فللشفيع أن يأخذها بالشفعة وإذا وهب لرجل دارا على عوض ألف درهم فقبض أحد العوضين دون الآخر ثم سلم الشفيع الشفعة فهو باطل حتى إذا قبض العوض

الآخر كان له أن يأخذ الدار بالشفعة لأنه أسقط حقه قبل الوجوب **فالهبة بشرط** العوض إنما تصير كالبيع بعد التقابض وتسليم الشفعة قبل تقرر سبب الوجوب باطل كذا في المبسوط فإذا وهب الشفيع الشفعة أو باعها من إنسان لا يكون تسليما هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب الشفعة قبيل باب الشهادة إذا باع الشفعة كان ذلك تسليما للشفعة ولا يجب المال وهو الصحيح وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في شفعة الجامع ما يدل عليه كذا في المحيط إذا سلم الشفيع الشفعة ثم زاد بعد ذلك في المبيع عبدا أو أمة كان للشفيع أن يأخذ الدار بحصتها من الثمن وإذا سلم الشفيع الشفعة ثم حط البائع من الثمن شيئا فله الشفعة

" .(١)

" المشتري بذلك ورضي كان للشفيع أن لا يرضى بالعيب ويرد كذا في فتاوى قاضي خان وفي الأصل اشترى دارا وهو شفيعها ولها شفيع غائب وتصدق المشتري ببيت منها وطريقه على رجل ثم باع ما بقي منها ثم قدم الشفيع الغائب فأراد أن ينقض صدقة المشتري وبيعه فإذا باع ما بقي من الدار من المتصدق عليه ليس له أن ينقض صدقته في كل الدار إنما ينقض في النصف وإذا باع باقي الدار من رجل آخر كان للغائب أن ينقض تصدقه في الكل وفي الأصل أيضا تسليم الشفعة في البيع تسليم في **الهبة بشرط** العوض حتى أن الشفيع إذا أخبر بالبيع فسلم الشفعة ثم تبين أنه لم يكن بيع وكان **هبة بشرط** العوض فلا شفعة له وكذلك تسليم الشفعة في **الهبة بشرط** العوض تسليم في البيع كذا في المحيط رجل اشترى دارا وهو شفيعها بالجوار فطلب جار آخر فيها الشفعة فسلم المشتري الدار كلها إليه كان نصف الدار بالشفعة والنصف بالشراء كذا في الظهيرية إذا باع دارا على أن يكفل فلان الثمن وهو شفيعها فكفل لا شفعة له كذا في القنية إذا وقع الصلح على دين على دار ثم تصادقا فإنه لا دين لا شفعة للشفيع ولو كان مكان الصلح بيع فللشفيع الشفعة كذا في التتارخانية رجل اشترى أمة بألف وتقابضا ووجد بها عيبا ينقصها العشر فأقر البائع أو جحد فصالحه على دار جاز وللشفيع أخذها بحصة العيب استحسانا لأن العيب الفائت مال ولهذا لو امتنع الرد يرجع بقيمة النقصان مع أن الاعتياض عن الحق لا يجوز ولو اشترى بحصة العيب شيئا يجوز فثبت أن الدار ملكت بإزاء المال وللمشتري أن يبيعها مرابحة على كل الثمن وليس له أن يبيع الدار والأمة مرابحة

---

(١) الفتاوى الهندية، ١٨٢/٥

بدون البيان فإن وجد المشتري بالدار عيبا فردها بقضاء قبل أن يأخذها الشفيع بطلت شفعته وعاد المشتري على حجته في العيب وله أن يرابح الأمة على كل الثمن ما لم يرجع بالعيب اشترى دارا وصالح من عيبها على عبد أخذها الشفيع بحصتها فإن فعل فاستحق العبد أو رد بخيار رؤية أو شرط في الصلح فالشفيع في الخيار إن شاء أدى حظ العيب إلى المشتري وإن شاء رد الدار ويكون المشتري على الحجة مع البائع إن أخذها بالقضاء لأنه فسخ في حق الكل وكذا إن كان المشتري رد العبد بعيب بقضاء ولو رده برضى لا شيء على الشفيع كذا في الكافي الاستحقاق بحق سابق على العقد يبطل العقد وبحق متأخر عنه لا يبطله والشفيع كما يتقدم على المشتري يتقدم على من قام مقام المشتري اشترى دارا بألف فزاد المشتري في الثمن أو صالح عن دعوى فيها بإنكار ثم أخذها الشفيع بألف بقضاء رجع المشتري على البائع بالزيادة وعلى المدعي ببدل الصلح لأن الشفيع استحقها بحق سابق على الصلح وعلى الزيادة فأوجب بطلان الصلح والزيادة من الأصل ولو سلم المشتري الدار إلى الشفيع بغير قضاء ففي الزيادة يرجع على البائع وفي بدل الصلح لا يرجع على المدعي ولو كان المشتري شفيعها أيضا فقبضها المشتري ووهبها لرجل فلشريكه أخذ نصفها فإذا أخذ تبطل الهبة في النصف الآخر كذا في التتارخانية رجل شهد بدار لرجل فردت شهادته ثم اشتراها الشاهد ولها شفيع فشفيعها أحق من المقر له فإن لم يكن لها شفيع ولكن المشتري اشتراها لرجل أمره بذلك فالدار للآمر دون المقر له فإن اشتراها لنفسه والشفيع غائب فللمقر له أن يأخذ الدار فإذا اشترى الدار من المقر له ثانيا قبل أن يحضر الشفيع فحضر الشفيع فهو بالخيار إن شاء أخذها بالشراء الأول وإن شاء أخذها بالشراء الثاني ولو اشترى الدار رجل آخر من ذي اليد ثم اشتراها الشاهد من ذلك الرجل يخير الشفيع فإن أخذها بالبيع الأول بطل البيع الثاني ورجع الشاهد بالثمن على بائعه تصادق البائع والمشتري أن البيع كان تلجئة أو كان فيه خيار البائع أو المشتري وفسخا العقد لا يصدقان في حق الشفيع وله الشفعة أمر بشراء دار عين بعبد عين للمأمور ففعل صح الشراء للآمر ورجع المأمور على الآمر بقيمة العبد داران متصلتان لرجلين وكان كل واحدة من الدارين مشتركة بينهما فباع كل واحد منهما حظه من هذه الدار بحظ صاحبه من الدار الأخرى فالشفعة لهما دون الجيران هكذا في الكافي دار بيعت ولها ثلاثة شفعاء أحدهم حاضر وطلب الكل وأخذها ثم

". (١)

" مجلس الهبة بتسليم هذا الواهب ذلك كله إليه وبتسليطه عليه فارغا من كل شاغل ومانع ومنازع وهي في يد هذا الموهوب له بحق الهبة ولا يكتب في هذا الكتاب ولا في كتاب الصدقة وتفرقا عن مجلس العقد تفرق الأبدان والله تعالى أعلم وإن شئت كتبت أقر فلان طائعا أنه وهب لفلان جميع الدار المشتملة على كذا ويحدها وهب له هذه الدار بحدودها وحقوقها كلها إلى آخر ما ذكرنا والله تعالى أعلم وإن كان الموهوب كرما يكتب بحدوده وحقوقه كلها وبنائه وأشجاره المثمرة وغير المثمرة وزراجينه وعرائشه وأوهاطه وأغراسه وأنهاره وسواقيه وشربه بمجاريه ومسايله في حقوقه فإن كان على الأشجار ثمار أو ورد أو ورق له قيمة كورق شجر الفرصاد فلا بد من ذكره لأنه لا يدخل من غير ذكره وإذا لم يدخل فسدت الهبة لأنه يمنع صحة التسليم وإذا كانت **الهبة بشرط** العوض يكتب فيه هذا ما وهب فلان لفلان بشرط العوض الموصوف فيه وهب له جميع الدار التي هي في موضع كذا ويحدها هبة صحيحة نافذة محوزة مقبوضة لا رجوع فيها على أن يعوضه جميع الكرم الذي هو في موضع كذا ويحده تعويضا جائزا نافذا مفرغا محوزا مقبوضا لا رجوع فيه وقبل الموهوب له الدار هبة هذه الدار بهذا الشرط وقبض كل واحد منهما جميع ما صار له بهذه الهبة والتعويض الموصوفين فيه بتسليم كل واحد منهما جميع ذلك إليه وتسليطه عليه فارغا عن موانع التسليم فجمع هذه الدار بهذه الهبة لفلان هذا وجميع هذا الكرم بهذا التعويض لفلان هذا ولا رجوع لكل واحد منهما على صاحبه فيما صار في يده بحكم هذه الهبة وهذا التعويض أقرا بذلك كله وأشهدا على إقرارهما من أثبت اسمه في آخر هذا الكتاب وذلك في يوم كذا من شهر كذا والله تعالى أعلم إن كانت الهبة من غير شرط العوض إلا أن الموهوب له عوض الواهب من هبته يكتب فيه هذا ما عوض فلان فلانا من الدار التي كان وهبها له في موضع كذا وسلمه، إليه فقبضها منه وكتبا بذلك على أنفسهما كتابا هذه نسخته بسم الله الرحمن الرحيم وينسخ كتاب الهبة ثم يكتب فعوض فلان الموهوب له هذا فلانا الواهب هذا من هذه الهبة كذا فقبله منه وقبضه منه بتسليمه فلم يبق لهذا الواهب في هذا الموهوب رجوع ولا لهذا المعوض فيما عوض رجوع وذلك في يوم كذا وإذا كان الموهوب مشاعا لا يحتمل القسمة كالرقيق والحيوان والدر واللؤلؤ ونحوها فهبته جائزة بلا خلاف ويكتب فيه هذا ما وهب فلان لفلان جميع سهم واحد من سهمين وهو النصف مشاعا من كذا إلى آخره وإذا كان الموهوب مشاعا يحتمل القسمة كالدار والكرم والأرض ونحوها

---

(١) الفتاوى الهندية، ٢٠١/٥

فهبته فاسدة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى وإذا كتب في ذلك كتابا يلحق بآخره حكم الحاكم وقد حكم بصحة هذه الهبة حاكم من حكام المسلمين بعد خصومة معتبرة وقعت بين هذين العاقدين إذا وهب الرجل داره من رجلين لا تجوز هذه الهبة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى على التساوي والتفاوت جميعا وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى تجوز على التساوي ولا تجوز على التفاوت وعند محمد رحمه الله تعالى تجوز على التساوي وعلى التفاوت وصورة الكتابة فيه هذا ما وهب فلان لفلان وفلان جميع الدار المشتملة على البيوت والحجرات التي هي في موضع كذا ويحدها بحدودها وحقوقها كلها إلى آخره

---

(١) ".

" ومحمد رحمهما الله تعالى وكذلك حط بعض الثمن عن المشتري قبل قبض الثمن صحيح عندهما فأما حط كل الثمن عن المشتري قبل قبض الثمن لا يصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ويصح عند محمد رحمه الله تعالى ويجعل بمنزلة الهبة رجل أمر رجلا أن يشتري له متاعا من بلد من البلدان فخاف الوكيل أن لو بعث بذلك مع غيره يضمن فالحيلة في ذلك أن يجيز له الموكل ما صنع فإذا أجاز له ذلك يبعث هو بالمتاع على يد غيره ولا يضمن لأنه أمين أجيز له ما صنع وكذا الحيلة إذا أراد الرجل أن يستودع المتاع المشترى من غيره ولا يضمن كذا في الذخيرة الفصل العشرون في الشفعة قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى جمع الخصاف رحمه الله تعالى مسائل بعضها لمنع وجوب الشفعة وبعضها لتقليل الرغبة فمن جملة ذلك أن يهب البائع الدار من المشتري ويشهد عليه ثم المشتري يهب الثمن من البائع ويشهد عليه ,وذكر في حيل الأصل ثم المشتري يعوضه مقدار الثمن فإذا فعلا ذلك لا تجب الشفعة لأن حق الشفعة يختص بالمعاوضات والهبة إذا لم تكن بشرط العوض لا تصير معاوضة بالتعويض بعد ذلك ولهذا لا يثبت فيها أحكام المبادلة من رد الموهوب له بالعيب وغير ذلك وإذا لم تصر مبادلة بقيت هبة محضة فلا تثبت فيها الشفعة غير أن هذه حيلة يملكها بعض الناس دون البعض لأنها تبرع ومن الناس من لا يملك التبرع كالأب والوصي وغيرهما من الوكلاء وأما إذا كانت هبة الدار من المشتري بشرط العوض ففيه اختلاف الروايتين ذكر في شفعة الأصل وفي مواضع من المبسوط أنها بمعنى البيع ويثبت للشفيع فيها حق الشفعة وذكر في بعض روايات النوادر أنها ليست في معنى البيع وذكر في بعض المواضع

---

(١) الفتاوى الهندية، ٦/٣٤٥

أن في الهبة بشرط العوض اختلافا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فإذا كان في المسألة روايتان أو خلاف لا يصلح حيلة لإبطال الشفعة ولكن يتأتى في هذه الهبة حيلة تأخير حق الشفيع بأن يقبض المشتري الدار إلا جزءا منها أو يسلم الثمن إلا جزءا منه فلا يكون للشفيع حق الأخذ لأن الهبة بشرط العوض إنما تصير بيعا بعد قبض كل المعقود عليه أما قبل قبض كل المعقود عليه لا تصير بيعا حتى روي عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال في الهبة بشرط العوض يثبت للواهب حق الرجوع من غير قضاء أو رضا ما لم يقبض الموهوب له كل المعقود عليه ومن جملة الحيل أن يتصدق صاحب الدار بالدار على الذي يريد الشراء ثم يتصدق المشتري عليه بمثل الثمن كما في الهبة والصدقة إنما تفارق الهبة في حق الرجوع فيها فأما فيما عدا ذلك فالهبة والصدقة سواء ومن جملة ذلك أن يقر صاحب الدار بالدار للذي يريد شراءها ثم

". (١)

"(وإذا قال : لله علي صوم يوم النحر أفطر وقضى) : فهذا النذر صحيح عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله .هما يقولان : إنه نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الأيام .ولنا أنه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره ، وهو ترك إجابة دعوة الله تعالى ، فيصح نذره لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي إسقاطا للواجب ، وإن صام فيه يخرج عن العهدة لأنه أداه كما التزمه .(وإن نوى يمينا فعليه كفارة يمين) يعني .إذا أفطر ، وهذه المسألة على وجوه ستة : إن لم ينو شيئا أو نوى النذر لا غير ، أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يمينا يكون نذرا لأنه نذر بصيغته .كيف وقد قرره بعزيمته ؟ وإن نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذرا يكون يمينا ، لأن اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره ، وإن نواهما يكون نذرا ويمينا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعند أبي يوسف رحمه الله يكون نذرا ، ولو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده يكون يمينا .لأبي يوسف أن النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الأول على النية ، ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما ، ثم المجاز يتعين بنيته ، وعند نيتهما تترجح الحقيقة .ولهما أنه

---

(١) الفتاوى الهندية، ٦/٤٢١

لا تنافي بين الجهتين لأنهما يقتضيان الوجوب إلا أن النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره ، فجمعنا بينهما عملا بالدليلين ، كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في **الهبة بشرط** العوض .s." [١]

"المجاز مرادا ، وإذا نوى اليمين تعين المجاز بنيته فلا تكون الحقيقة مرادة (ولهما أنه لا تنافي بين الجهتين) يعني : أنه ليس من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز ، لأن قوله : لله علي صوم يوم النحر موضوع للوجوب ومستعمل في الوجوب ، وليس بمستعمل في غير الوجوب أيضا حتى يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ، غير أنه مستعمل فيه من جهتين لا تنافي بينهما ، نشأت إحداهما من النذر لأنه يقتضيه لعينه ، ولهذا يجب القضاء إذا تركه ، والأخرى من اليمين لأنه يقتضيه لعينه وهو صيانة اسم الله تعالى عن الهتك ، ولهذا لا يجب القضاء بل الكفارة وكل واحد من المنشأين دليل شرعي يجب العمل به إذ أمكن ، والعمل بهما ممكن لعدم التنافي بينهما فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في **الهبة بشرط** العوض) هذا الذي ظهر لي من كلامه في هذا الموضع ، وللناس في تحقيق هذه المسألة على مذهبه ما أنواع من التوجيهات ، فمن تشوف إليها طالع التقرير .." [٢]

"(وإن أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الإجبار فيه وفي سائر الحقوق أنه ينزل قابضا بالتخلية .وقال زفر رحمه الله : لا يجبر على القبول وهو القياس ؛ لأنه تصرف يمين إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ، ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الأيمان ؛ لأنه لا استحقاق قبل وجود الشرط ، بخلاف الكتابة ؛ لأنه معاوضة والبدل فيها واجب .ولنا أنه تعليق نظرا إلى اللفظ ومعاوضة نظرا إلى المقصود ؛ لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ، ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ، ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء ، وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول ، فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره **الهبة بشرط** العوض .ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما إذا حط البعض وأدى الباقي .ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها

---

(١) العناية شرح الهداية، ٣/٣٥٨

(٢) العناية شرح الهداية، ٣/٣٦١

، ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه ؛ لأنه مأذون من جهته بالأداء منه ، ثم الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس ؛ لأنه تخيير ، وفي قوله إذا أديت." (١)

"بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول ، لأنه لما كان هذا اللفظ تعليقا نظرا إلى اللفظ ومعاوضة نظرا إلى المقصود عملنا بالشبهين : شبه التعليق في حالة الابتداء وشبه المعاوضة في حالة الانتهاء .كما في **الهبة بشرط** العوض فإنها هبة ابتداء حتى لم تجز في المشاع ، واشترط القبض في المجلس وبيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع وجرت الشفعة في العقار ويرد بالعيب ، ولو أدى البعض يجبر على القبول لأن الذي أتى به بعض تلك الجملة ، فإذا ثبت الإجبار على قبول الكل ثبت في البعض كما في الكتابة ، وهذه رواية الزيادات ، وقيل هو استحسان .وما ذكر في مبسوط شيخ الإسلام أنه لا يجبر على قبول البعض لأن معنى الكتابة عندنا يثبت من حيث إنه عتق بما أداه إلى المولى ، وإنما يعتق بأداء الجميع ، فما لم يوجد أداء جميع المال لا يثبت معنى الكتابة هو القياس ، لا أنه بأداء البعض لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط ، كما إذا حط البعض وأدى البعض الباقي ، لأن الشرط وجود الجميع ، فإذا لم يوجد بعضه كان كما إذا لم يوجد كله ، وإذا حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط فكذلك هذا ، بخلاف الكتابة لأن المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق إبراؤه عنه سواء أبرأه عن الكل أو البعض ، ولو أدى ألفا اكتسبها قبل العتق رجع المولى عليه وعتق ، أما الرجوع عليه بألف أخرى مثلها فلأن الألف التي أداها كانت مستحقة من جانب المولى فلا يحصل المقصود بأدائه لأن مقصوده أن يحثه على." (٢)

"وإذا ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) وهذا استحسان ، وفي القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته .وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى .بخلاف **الهبة بشرط** العوض لأنه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى ، والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا **الهبة بشرط** العوضs(وإذا ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاماها فالرهن أولى ، وهذا استحسان .وفي القياس : الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته) فكانت بينة الهبة أكثر إثباتا فهي أولى (وجه الاستحسان) أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون ، وعقد الضمان

---

(١) العناية شرح الهداية، ٣٨٧/٦

(٢) العناية شرح الهداية، ٣٩١/٦

أقوى من عقد التبرع ، ولا ترد الهبة بشرط العوض فإنها أولى من الرهن لأنها بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن ، لأن ال بيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى ، والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة." (١)

"فما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز ، وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لأن القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع (وإن كان عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال) وكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الإجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح ، فإذا صالح على سكنى بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز .وإن قال أبدا أو حتى يموت لا يجوز ، فإن الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض فإنها بيع معنى ، والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة (فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة) كالإجارة (وإذا وقع الصلح عن السكوت والإنكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة ، وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا) أن المدعي يأخذه عوضا في زعمه .فإن قيل : العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف بأخرى تقابلها ؟ أجاب بقوله (ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة) فإنها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث ، وكعقد النكاح فإن حكمه الحل في حق امرأته والتحريم المؤبد في حق أمها (وهذا) أي كونه لافتداء اليمين أو قطع الخصومة (في الإنكار ظاهر ، وأما في السكوت فلأنه يحتمل الإقرار والجحود فلا يثبت كونه عرضا في حقه بالشك) مع أن حمله على الإنكار أولى ، لأنه فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الأصل." (٢)

"(كتاب المكاتب) قال في النهاية : أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة ، ولهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق : يعني أن قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض .وقوله بطريق الأصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال ، فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة .وذكر في بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ، ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لأن الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم

---

(١) العناية شرح الهداية، ٣٧٥/١١

(٢) العناية شرح الهداية، ٥٨/١٢

من أحكام العتق أيضا ، وليس كذلك لأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض .والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره ، وهو أنسب للإجارة لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ، وقدم الإجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان أنسب بالتقديم .والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة وما يؤدي معناه من كل وجه ، فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال ، فإن المراد به ما يحتاج إلى إيجاب وقبول ، وذلك غير مشروط في التعليق ، فإن التعليق يتم بالمولى ، كذا في النهاية ، وأما الإعتاق على مال فإنه وإن كان عقدا لاحتياجه إلى الإيجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه ، والفرق بينهما من حيث المعنى أن المكاتب." [1]

"رأسا (إلا أن يكون بعوض مشروط) في العقد ، ولا بد من القبض ، فإنه إذا وهب دارا لرجل على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا (ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لأنه هبة ابتداء ، وقد قررناه في كتاب الهبة) لأن **الهبة بشرط** العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطا في العقد فإنه لا تثبت الشفعة لا في الموهوب ولا في العوض إن كان العوض دارا (لأن كل واحدة منهما مطلقة عن العوض ، إلا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع) ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لأنه يمنع زوال الملك عن البائع ، وبقاء حق البائع يمنع الشفعة كما في البيع الفاسد ، فلأن يمنع بقاء ملكه كان أولى (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لزوال المانع عن الزوال (ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح) لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك .وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ : إنه يشترط الطلب عند وجود البيع لأنه هو السبب (قوله وإن اشترى بشرط إلخ) ظاهر .وقوله (على ما مر) إشارة إلى قوله من قبل وتجب بعقد البيع إلى أن قال : والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار إلخ (قوله وإذا أخذها) أي أخذ الشفيع الدار في مدة الخيار (وجب البيع وسقط الخيار بعجز المشتري عن الرد ، ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وإن بيعت دار بجنبها والخيار لأحدهما) أي لأحد المتعاقدين من." [2]

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٢/٤٨٣

(٢) العناية شرح الهداية، ١٣/٤٩٢

"قال (وإذا احتال الوصي بمال اليتيم فإن كان خيرا لليتيم جاز) وهو أن يكون أملأ ، إذ الولاية نظرية ، وإن كان الأول أملأ لا يجوز لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه .sوكذا قوله (وإذا احتال الوصي بمال اليتيم) ولم يذكر ما إذا كان المحيل ، والمحال عليه سواء في الملاءة .وذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ ، ومن لا يجوزه يحتاج للفرق بينه وبين ما لو باع الوصي مال اليتيم بمثل قيمته من أجنبي فإنه جائز على ما يجيء .والفرق أن البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها إذا لم يكن فيها غبن فاحش .فأما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالمسلم فيه وبرأس مال السلم ، ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالا بالمسلم فيه وبرأس المال وهو لا يصح ، وإذا لم يكن مبادلة كانت **كالهبة بشرط** العوض ، والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف ، فيجب أن يكون هذا أيضا عرى ذلك .." (١)

"(وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه، وهو التملك بمثل ما تملك المشتري صورة أو قيمة، هداية. وعبر بالملك دون البيع ليعم **الهبة بشرط** العوض لأنها مبادلة مال بمال، ولما كان التعبير بالملك يعم الأعواض المالية وغيرها احترز عن الأعواض التي ليست بمال فقال: (ولا شفعة في الدار) (التي يتزوج الرجل عليها، أو) الدار التي (يخالع المرأة بها، أو يستأجر بها دارا) أو غيرها (و يصالح بها عن دم عمد، أو يعتق عليها عبدا)؛ لأن الشفعة إنما تجب في مبادلة المال بالمال، وهذه الأعواض ليست بمال؛ فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع، قيد الصلح عن الدم بالعمد لأن الخطأ عوضه مال فتجب فيه الشفعة (أو يصالح عليها بإنكار أو سكوت) قال في الهداية: هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر، والصحيح "عنها" مكان "عليها" لأنه إذا صالح عنها بإنكار يزعم أنها لم تزل عن ملكه وإنما افتدى يمينه (فإن صالح عنها بإقرار وجبت فيها الشفعة)؛ لأنه معترف بالملك للمدعى وإنما استفاده بالصلح، وهو مبادلة مالية، أما إذا صالح عليها بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك؛ لأنه أخذها عوضا عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه؛ فيعامل بزعمه، هداية.(يتبع...)@(تابع... ١): - الشفعة واجبة للخيط في نفس المبيع، ثم للخليط في حق المبيع، كالشرب... ...---(وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي) ليأخذ بالشفعة (فادعى الشراء) للدار المشفوعة (وطلب الشفعة) أي: أخذها بالشفعة (سأل القاضي المدعى عليه) عن مالكية الشفيع لما يشفع

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٦/٢٣٧

به (فإن اعترف بملكه الذي يشفع به) فبها (وإلا) أي: وإن لم يعترف له بملكه الذي يشفع به (كلفه) القاضي (إقامة البينة على ملكه)؛ لأن ظاهر اليد لا يكفي لإثبات الاستحقاق (فإن عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما تعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به)؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم. هداية.(فإن نكل) المشتري عن اليمين (أو قامت للشفيع بينة) ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها، وثبت حق الشفعة؛ فبعد ذلك (سأله القاضي) أي: سأل المدعى عليه أيضا (هل ابتاع) أي: هل اشترى الدار المشفوعة (أم لا؟ فإن) أقر فبها، وإن (أنكر الابتياع قيل للشفيع: أقم البينة) على شرائه؛ لأن الشفعة لا تثبت إلا بعد ثبوت البيع، وثبوته بالحجة (فإن عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع هذه الدار، أو بالله ما يستحق علي في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره) فيحلف على البتات؛ لأنه استحلاف على فعل نفسه وما في يده أصالة، وفي مثله يحلف على البتات، هداية. فإن نكل عن اليمين أو أقر وبرهن الشفيع قضى بالشفعة إن لم ينكر المشتري طلب الشفيع الشفعة؛ فإن أنكر فالقول له بيمينه در عن ابن الكمال.(وتجوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي)؛ لأنه لا ثمن له عليه قبل القضاء، ولهذا لا يشترط تسليمه؛ فكذا لا يشترط إحضاره (وإذا قضى القاضي له بالشفعة لزمه إحضار الثمن) هذا ظاهر رواية الأصل، وعن محمد أنه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة. هداية. قال في التصحيح: واعتمد ظاهر الرواية المصنفون، واختاروه للفتوى.---(وللشفيع أن يرد الدار) المأخوذة بالشفعة (بخيار العيب، و) خيار (الرؤية) لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء؛ فيثبت فيها الخياران كما في الشراء.(وإن أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده) لم يسلمه للمشتري (فله): أي الشفيع (أن يخاصمه): أي البائع (في الشفعة) لأن اليد له (و) لكن (لا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه) أي: المشتري، لأنه المالك (ويقضي بالشفعة على البائع) حتى يجب عليه تسليم الدار (ويجعل العهدة عليه) أي: على البائع، عند الاستحقاق، وهذا بخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع فأخذه الشفيع من يده، حيث تكون العهدة عليه، لأنه تم ملكه بالقبض. هداية.(وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم) بالبيع (وهو يقدر على ذلك) الإشهاد، بخلاف ما إذا أخذ على فمه أو كان في صلاة (بطلت شفعته) لإعراضه عن الطلب، وهو إنما يتحقق حالة الاختيار، وهو عند القدرة (وكذلك إن أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار) كما مر (وإن صالح من) حق (شفعته على عوض أخذه) أو باعه إياه (بطلت الشفعة)

لوجود الإعراض (ويرد العوض)؛ لبطلان الصلح والبيع؛ لأنها مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه؛ لأنه رشوة.." (١)

"(قوله : وهي فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما في قول أبي حنيفة) في هذا تفصيل إن كانت قبل القبض فهي فسخ إجماعا ، وإن كانت بعد القبض .فهي فسخ عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف هي بيع .وقال محمد إن كانت بالثمن الأول ، أو بأقل فهي فسخ ، وإن كانت بأكثر ، أو بجنس آخر فهي بيع ولا خلاف بينهم أنها بيع في حق الغير سواء كانت قبل القبض ، أو بعده .وقال زفر هي فسخ في حقهما وحق الغير ولا يقال كيف تكون فسخا في حقهما بيعا في حق غيرهما وهي عقد واحد فنقول لا يمتنع مثل ذلك في أصول الشرع ألا ترى أن **الهبة بشرط** العوض في حكم البيع في حق الغير ولهذا تثبت فيها الشفعة وهي في معنى الهبة في حق المتعاقدين باعتبار القبض فيها كما يعتبر في الهبة فكذا الإقالة ويقال إنما جعلت فسخا في حق المتعاقدين عملا بلفظ الإقالة ؛ لأن لفظها ينبئ عن الفسخ والرفع ، وإنما جعلت بيعا في حق غيرهما عملا بمعنى الإقالة لا بلفظها ؛ لأنها في المعنى مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا حد البيع فاعتبرنا اللفظ في حق المتعاقدين واعتبرنا المعنى في حق غيرهما عملا بالشبهين ، وإنما لم يعكس بأن يعتبر اللفظ في حق غيرهما ، والعمل بالمعنى في حقهما ؛ لأن اللفظ قائم بالمتعاقدين ، واللفظ لفظ الفسخ ، فاعتبرنا جانب اللفظ في حق المتعاقدين لقيام اللفظ بهما ، وإذا اعتبرنا لفظ الفسخ بهما تعين العمل بالمعنى في حق غيرهما لا محالة للعمل بالشبهين وفائدة قوله " فسخ في." (٢)

"(قوله : وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) إنما قال ملك ولم يقل اشترى ؛ لأنه تجب الشفعة في **الهبة بشرط** العوض ولم يكن هناك شراء .." (٣)

"(قوله : ولا شفعة في الهبة إلا أن تكون بعوض مشروط) بأن يقول وهبت لك هذه الدار على كذا من الدراهم ، أو على شيء آخر – هو مال – ، وتقابضا بالإذن صريحا أو دلالة فإن لم يتقابضا ، أو قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة فيها ، ثم في **الهبة بشرط** العوض يشترط الطلب وقت القبض حتى لو سلم

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/١٩٠

(٢) الجوهرة النيرة، ٢/٢٨٠

(٣) الجوهرة النيرة، ٣/٧١

الشفعة قبل قبض البدلين فتسليمه باطل كذا في المستصفى ، وإن وهب له عقار على شرط العوض ، ثم عوضه بعد ذلك فلا شفعة فيه ولا فيما عوضه .." (١)

"قوله (وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين) ؛ لأن العوض هبة مبتدأة وما لم يتقابضا لكل واحد منهما أن يمنع صاحبه ويبطل بالشيوع ولا تصح من الأب في مال ابنه الصغير يعني إذا وهب للصغير هبة فعوض الأب عنها من مال الصغير لم يجز تعويضه ، وإن كانت **الهبة بشرط** العوض ؛ لأنه يصير بذلك متبرعا ودفع مال الصغير على وجه التبرع لا يجوز قال الخجندي **الهبة بشرط** العوض هبة في الابتداء بيع في الانتهاء فاللفظ لفظ الهبة والمعنى معنى البيع فقوله هبة في الابتداء يعني إذا كان مشاعا لا يجوز ولا يقع الملك فيها إلا بالقبض بخلاف البيع وقوله بيع في الانتهاء وهو أنهما إذا تقابضا كان لكل واحد منهما الرد بالعيب وخيار الرؤية وتجب فيها الشفعة .وقال زفر **الهبة بشرط** العوض كالبيع ابتداء وانتهاء قوله (فإذا تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتجب فيها الشفعة) ، وكذا يرجع عند الاستحقاق ؛ لأنه بيع انتهاء .وقال زفر هو بيع ابتداء وانتهاء قال في النهاية والخلاف فيما إذا ذكر التعويض فيه بكلمة على أما بحرف الباء بأن قال وهبت منك هذا العبد بثوبك هذا أو بألف وقبل الآخر فإنه يكون بيعا ابتداء وانتهاء إجماعا .قوله (والعمرى جائزة للمعمر في حال حياته ولورثته من بعد موته) ومعناه أن يجعل داره له عمره وإذا مات يردها عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة .وفي الينابيع صورة العمرى أن يقول جعلت داري." (٢)

"لله على صوم يوم النحر قال يفطر ويقضي وان نوى يمينا فعليه يمين وقال ابو يوسف (رحمه الله) اذا قال لله علي ان اصوم يوم النحر وأراد يمينا كان يمينا خاصا وان قال لله على صوم هذه السنة افطر يوم شرح المتن لان المنذر به منهي عنه وانا نقول بلى هو منهي ولكن لغيره فلا يمنع صحة النذر

قوله فعليه يمين هذه المسئلة على ستة اوجه ان نواهما وهو النذر واليمين جميعا كانا نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف كان نذرا خاصة وان نوى اليمين لا غير كان نذرا ويمينا وعندهما وقال ابو يوسف كان يمينا خاصة وان نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا كان يمينا خاصة بالاجماع وان نوى النذر لا غير او نوى النذر وان لا يكون يمينا او لم ينو شيئا كان نذرا خاصة فالحاصل ان ابا يوسف ابى

---

(١) الجوهرة النيرة، ٨٧/٣

(٢) الجوهرة النيرة، ٢٨١/٣

الجمع بين النذر واليمين لان هذا الكلام للنذر حقيقة ولليمين مجاز والحقيقة مع المجاز لا يجتمعان تحت كلمة واحدة فإن نواهما فالحقيقة أولى بالاعتبار لأن الحقيقة معتبر في موضعه والمجاز معتبر في غير موضعه والشيء الواحد لا يكون في موضعه وفي غير موضه وإن نوى اليمين لا غير تعين المجاز فلا تبقى الحقيقة مرادة ولهما أن في النذر معنى اليمين فإنه فيه إيجاب الصوم على نفسه إلا أن في النذر إيجاب الصوم لنفسه وفي اليمين إيجاب الصوم لغيره وهو أن لا يصير هاتكا حرمة إسم الله (تعالى) وهذا المعنى لا ينافي النذر إلا أنه غير معتبر فإذا نواه فقد اعتبره فيلزمه الكفارة وهذا ليس جمعا بين الحقيقة والمجاز وإنما هذا عمل بالشبهين **كالهبة بشرط** العوض بيع انتهاء هبة ابتداء والإقالة فسخ في حق العاقدين وبيع جديد في حق الثالث وليس طريقهما طريق الجمع بين الحقيقة والمجاز وإنما طريقها العمل بالدليلين فكذا هذا

قوله فلا شيء عليه وروى عن أبي يوسف ومحمد أنه عليه القضاء

". (١)

"كتاب الهبة

محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنهم) في رجل وهب لرجل عبدا على أن يهب له عبدا فليس بشيء حتى يتقابضا ثم هو كالبيع يردان بالعيب رجل وهب لرجل دارا فعوضه عن نصفها عبدا فله أن يرجع في النصف الذي لم يعوضه رجل وهب لرجل دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها أو وهب له جارية على أن شرح المتن كتاب الهبة

قوله حتى يتقابضا أصله أن **الهبة بشرط** العوض ينعقد تبرعا عندنا حتى لا يتم إلا بالتقابض وتبطل بالشيوع ولا يجب به الشفعة في العقار وإذا أتصل القبض صاربيعا فحينئذ يجب به الشفعة في العقار ويرد بالعيب

قوله فله أن يرجع الخ لأن المانع عن الرجوع خاص فامتنع فيه دون غيره وتفسير التعويض أن يأتي الموهوب له بلفظ يعلم الواهب أنه عوض هبته بأن يقول هذا عوض هبتك أو مكافآت هبتك أو ثواب

---

(١) الجامع الصغير- عالم الكتب، ص/١٤٢

هبتك أو بدل هبتك أو جزاء هبتك أما إذا وهب الواهب شيئا وهو لم يعلم بأن هذا عوض هبته فلكل واحد أن يرجع في هبته

قوله والشرط باطل لأنه يخالف موجب العقد والهبة لا تفسد بالشروط الفاسدة

". (١)

"النحر ولزومه فعلم أنهم أرادوا باشتراط كونه ليس بمعصية كون المعصية باعتبار نفسه حتى لا ينفك شيء من أفراد الجنس عنها وحينئذ لا يلزم لكنه ينعقد للكفارة حيث تعذر عليه الفعل ولهذا قالوا لو أضاف النذر إلى سائر المعاصي كقوله لله علأ (((علي))) أن أقتل فلانا كان يمينا ولزمته الكفارة بالحنث فلو فعل نفس المنذور عصى وانحل النذر كالحلف بالمعصية ينعقذ (((ينعقد))) للكفارة فلو فعل المعصية المحلوف عليها سقطت وأثم بخلاف ما إذا كان نذرا بطاعة كالحج والصلاة والصدقة فإن اليمين لا تلزم بنفس النذر إلا بالنية وهو الظاهر عن أبي حنيفة وبه يفتى

وصرح في النهاية بأن النذر لا يصح إلا بشروط ثلاثة في الأصل إلا إذا قام الدليل على خلافه إحداها أن يكون الواجب من جنسه شرعا

والثاني أن يكون مقصودا لا وسيلة

والثالث أن لا يكون واجبا عليه في الحال أو في ثاني الحال فلذا لا يصح النذر بصلاة الظهر وغيرها من المفروضات لانعدام الشرط الثالث اه

فعلى هذا فالشرائط أربعة إلا أن يقال إن النذر بصلاة الظهر ونحوها خرج بالشرط الأول إذ قولهم من جنسه واجب يفيد أن المنذور غير الواجب من جنسه وههنا عينه ولكن لا بد من رابع وهو أن لا يكون مستحيل الكون فلو نذر صوم أمس أو اعتكاف شهر مضى لم يصح نذره كما في الولوالجية

وقيد بقوله إلا إذا قام الدليل على خلافه لأنه لو قام الدليل على الوجوب من غير الشروط المذكورة يجب كالنذر بالحج ماشيا والاعتكاف وإعتاق الرقبة مع أن الحج بصفة المشي غير واجب وكذا الاعتكاف وكذا نفس الإعتاق من غير مباشرة سبب موجب للاعتاق

---

(١) الجامع الصغير- عالم الكتب، ص/٤٣٥

كذا في النهاية وفيه نظر لأن النذر بالحج ماشيا من جنسه واجب لأن أهل مكة ومن حولها لا يشترط في حقهم الراحلة بل يجب المشي على كل من قدر منهم على المشي كما صرح به في التبيين في آخر الحج

وأما الاعتكاف وهو اللبث في مكان من جنسه واجب وهو القعدة الأخيرة في الصلاة وأما الإعتاق فلا شك أن من جنسه واجبا وهو الإعتاق في الكفارة وأما كونه من غير سبب فليس بمراد

قوله (وإن نوى يمينا كفر أيضا) أي مع القضاء تجب كفارة اليمين إذا أفطر وهذه المسألة على وجوه ستة إن لم ينو شيأ أو نوى النذر لا غير أونوى النذر ونوى أن لا يكون نذرا لأنه نذر بصيغته كيف وقد قرره بعزيمته وإن نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذرا يكون يمينا محتمل كلامه وقد عينه ونفي غيره وإن نواهما يكون نذرا ويمينا عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يكون نذرا ولو نوى اليمين فكذلك عندهما وعند أبي يوسف يكون يمينا

لأبي يوسف إن النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الأول على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما لفظ واحد ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما تترجح الحقيقة

ولهما أنها لا تنافي بين الجهتين لأنهما يقضيان الوجوب إلا أن النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في **الهبة بشرط** العوض

كذا في الهداية وتعقبه في فتح القدير بلزوم التنافي من جهة أخرى وهو أن الوجوب الذي يقتضيه اليمين وجوب يلزم بترك متعلقه الكفارة والوجوب الذي هو موجب النذر ليس يلزم بترك متعلقه ذلك وتنافي اللوازم أقل ما يقتضي التغاير فلا بد أن لا يراد بلفظ واحد

واختار شمس الأئمة السرخسي في الجواب أنه أريد بلفظ اليمين لله وأريد النذر بعلي أن أصوم كذا وجواب القسم حينئذ محذوف مدلول عليه بذكر المنذور أي كأنه قال لله لأصومن وعلي أن أصوم

وعلى هذا لا يراد أن بنحو علي أن

". (١)

---

(١) البحر الرائق، ٣١٧/٢

"الألف الأخرى فإن للمقرض أن يأخذ من المولى الألف التي دفعها العبد إليه ويضمن المولى أيضا للغريم الألف درهم لأن المولى منع العبد بعتقه من أن يباع بما عليه من الدين وإن شاء المقرض اتبع العبد بجميع دينه أيضا ا هـ

قيد بالتعليق لأنه لو لم يأت في الجواب بالفاء لا يتعلق بل يتنجز سواء كان الجواب بالواو كقوله إن أديت إلي ألفا وأنت حر ولا كقوله إن أديت إلي ألفا أنت حر لكونه ابتداء لا جوابا لعدم الرابط

وفي الذخيرة قال لعبده أنت حر وأدا (((وأد))) لي (((إلي))) ألف درهم فهو حر ولا شيء عليه ولو قال أدا (((أد))) لي (((إلي))) ألفا وأنت حر لم يعتق حتى يؤدي ولو قال فأنت حر عتق للحال لأن جواب الأمر بالواو لا بالفاء فهي للتعليل أي أدا (((أد))) لي (((إلي))) ألفا لأنك حر كقوله أبشر فقد أتاك الغوث وتمامه في الأصول من بحث الواو

وقد قدمنا في بحث عتق الحمل من الظهيرية أنه لو علق عتق الحمل بأدائه ألفا فإنه يتوقف العتق على أدائه فإذا أدى بعد الولادة عتق إذا ولدته لأقل من ستة أشهر

وقيد بأداء العبد لأنه لو علق عتقه بأداء أجنبي لا يصير مأذونا له كما إذا قال إذا أديت إلي ألفا فعبدي هذا حر فجاء الأجنبي بألف ووضعها بين يديه لا يجبر المولى على القبول ولا يعتق العبد ولو حلف المولى أنه لم يقبض من فلان ألفا لا يحنث كذا في الخانية

قوله (وعتق بالتخلية) لأنه تعليق نظرا إلى اللفظ ومعاوضة نظرا إلى المقصود لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء

وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعا للضرر عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا بدور (((يدور))) الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض والتخلية رفع الموانع بأن يضعه بين يديه بحيث لو مد يده أخذه فحينئذ يحكم القاضي بأنه قد قبضه فيه وفي ثمن المبيع وبدل الإجارة وسائر الديون وهذا معنى قولهم أجبره الحاكم على قبضه أي حكم به لا أنه يجبره على قبضه بحبس ونحوه

ولو حلف المولى أنه لم يؤد إليه الألف حنث كما في الخانية

وإنما ذكر التخلية ليفيد أنه يعتق بحقيقة القبض بالأولى ويستثنى من إطلاق ما في المختصر مسائل لا يعتق فيها بالتخلية الأولى لو كان المال مجهولا بأن قال إذا أديت إلي دراهم فأنت حر لا يجبر علي القبول لأن مثل هذه الجهالة لا تكون في المعاوضة ولا يمكن حملها على الكتابة فتكون يمينا محضا ولا جبر فيها كما في التبيين

وفي المحيط لو قال إن أديت إلي كر حنطة فأنت حر فجاء بكر جيد يجبر على القبول لأن الكر المطلق إنما ينصرف إلى الوسط لدفع الضرر من الجانبين فإذا أتاه بالجيد فقد أحسن في القضاء ورضي بهذا الضرر فبطل التعيين وتعلق العتق بحنطة مطلقة

ولو قال كر حنطة وسط فأتاه بكر جيد لا يجبر لأنه نص على التعليق بكر موصوفة وفي الشروط يعتبر التنصيص ما أمكن كما في مسألة الكيس الأبيض

ولو قال أعتق عني عبدا ونت (((وأنت))) حر فأعتق عبدا مرتفعا لا يعتق ولو قال أدا (((أد))) لي (((إلي))) عبدا وأنت حر فأدى إليه عبدا مرتفعا يعتق كما في الكر

والفرق أن في الأداء يكون المولى راضيا بالزيادة لأنه ادخال شيء في ملكه فيكون نفعا محضا فلا ضرر وأما العتق إخراج عن ملكه لأن كسبه مملوك للمولى ا هـ

الثانية لو كان العتق معلقا على أداء الخمر لا يجبر على القبول وإن كان يعتق بقبوله لأن المسلم ممنوع عنها لحق الله تعالى

والثالثة لو كان معلقا على أداء ثوب أو دابة لا يجبر على القبول

ولو أتى بثوب وسط أو جيد لأنه مجهول الجنس فلم يصلح عوضا ولذا لو وصفه أجبر على قبوله بأن قال ثوبا هرويا

الرابعة لو قال إن أديت إلي ألفا أو دابة فحججت بها أو وحجت (((وحججت))) بها لا يعتق بتسليم الألف إليه ما لم يقبل لأنه علق العتق بشرطين فلا ينزل بوجود أحدهما

." (١)

"لا يحنث

---

(١) البحر الرائق، ٤/٢٨٠

ولو قال إن بعث غلامي هذا أحدا من الناس فامرأته كذا فباعه من رجلين حنث وكذا إذا قال إن أكل هذا الرغيف أحد فأكله اثنان حنث في يمينه

وفي القنية حلف لا يبيع فوهب بشرط العوض ينبغي أن يحنث

باع جاريته ثم قال إن دخلت هي في بيعي فهي حرة فإن ردت عليه بغير قضاء تعتق وإلا فلا

حلف إن اشتراها يحنث بالإقالة حلف لا يبيع يحنث ببيع التلجئة اه

وعلى هذا فالهبة بشرط العوض داخلة تحت يمين لا يهب نظرا (((نظر))) إلى أنها هبة ابتداء فيحنث وداخلة تحت يمين لا يبيع نظرا (((نظر))) إلى أنها بيع انتهاء فيحنث بها

ولو قال إن أجرت داري هذه فهي صدقة ثم احتاج إلى إجارتها فالمخرج له عن اليمين أن يبيعها الحالف من غيره ثم يوكل المشتري الحالف بالإجارة فيؤاجرها بعد القبض ثم يشتريها فتخرج عن يمينه بالإجارة على ملك المشتري اه

وقد يقال لا حاجة إلى هذا التكليف لأنه لو وكل في إجارتها لا يحنث فكذا لا يلزمه التصدق بها إلا أن يفرق بين النذر واليمين وسيأتي الفرق بين ضرب الولد وضرب الغلام

وفي الذخيرة حلف لا يؤجر وله مستغلات آجرتها امرأته وقبضت الأجرة فأنفقت أو أعطتها زوجها لا يحنث وتركها في أيدي الساكنين لا يكون إجارة فلو قال للساكنين اقعدوا في هذه المنازل فهو إجارة ويحنث وكذا إذا تقاضى منهم أجرة شهر لم يسكنوا فيه بخلاف ما إذا أنقده (((أنقدوه))) أجرة شهر قد سكنوا فيه فإنه ليس بإجارة اه

قوله (وما يحنث بهما النكاح والطلاق والخلع والعتق والكتابة والصلح عن دم العمد والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والبناء والخياطة والإيداع والاستيداع والإعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل) بيان لثلاثة أنواع الأول ما ترجع حقوقه إلى الآمر

الثاني ما لا حقوق له أصلا

الثالث ما كان من الافعال الحسية

والضمير في قوله بهما عائد إلى المباشرة والأمر وفيه تسامح لأنه لا يحنث بمجرد الأمر بل لا بد من فعل الوكيل حتى لو حلف لا يتزوج فوكل به لا يحنث حتى يزوجه الوكيل فلو قال وما يحنث بفعله وفعل ما موره لكان أولى

وفسر الشارح الزيلعي الأمر بالتوكيل وليس مقتصرا عليه بل هو أعم من التوكيل والرسالة لأنه يحنث بالرسالة

والدليل على عدم اقتصاره على التوكيل أن من هذا النوع الاستعواض والتوكيل به غير صحيح وإنما حنث في هذا النوع بفعل المأمور لما أن غرض الحالف التوقي عن حكم العقد وحقوقه وهذه العقود تنتقل إليه بحقوقها فصار كمباشرته في حق الأحكام وصار الوكيل سفيرا ومعبرا ولهذا لا يستغنى عن إضافتها إلى الآمر

وما كان من الأفعال حسيا كضرب الغلام والذبح ونحوهما منقول أيضا إلى الآمر حتى لا يجب الضمان على الفاعل فكان منسوبا إليه فيحنث

وقد فرق المصنف بين ضرب الولد وضرب العبد فلو حلف لا يضرب ولده فضربه غيره بأمره لا يحنث ولو حلف لا يضرب عبده فضربه غيره بأمره حنث بناء على أن منفعة ضرب الولد عائدة إلى الولد المضروب وهي التأدب والتثقيف أي التقويم وترك الاعوجاج في الدين والمروءة والأخلاق فلم ينسب فعل المأمور إلى الآمر وإن كان يرجع إلى الأب أيضا لكن أصل المنافع وحقيقتها إنما ترجع إلى المتصف بها فلا موجب للنقل بخلاف ضرب العبد فإن منفعته راجعة إلى الآمر على الخصوص وهو ما يحصل من أدبه وانزجاره وإن كان نفعه يرجع إلى العبد لكنه غير مقصود

فالحاصل أن المقصود من ضرب الولد حاصل له وإن حصل للأب ضمنا والمقصود من ضرب العبد حاصل للمولى وإن حصل للعبد ضمنا فافترقا

وفي فتح القدير وما في عرفنا وعرف عامتنا فإنه يقال ضرب فلان اليوم ولده وإن لم يباشر ويقول العامي لولده غدا أسقيك علقة ثم يذكر لمؤدب الولدان يضربه فيعد الأب نفسه أنه قد حقق إيعاده ذلك ولم يكذب فمقتضاه أن تنعقد على معنى

." (١)

"فاعتبر الإسقاط مقصودا فيه دون دم الإحصار وكذا في الهداية

---

(١) البحر الرائق، ٣٧٧/٤

ونقل الولوالجي أن في بعض المواضع لا يضمن عندهما وإن علم بأداء المالك ونص في زيادات العتابي أن عندهما لا يضمن علم بأدائه أو لم يعلم وهو الصحيح عندهما كذا في فتح القدير قوله (وإن أذن أحد المتفاوضين بشراء أمة ليطأ ففعل فهي له بلا شيء) أي عند الإمام

وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لأنه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة لأن الملك وقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك

وله أن الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة إذ هما لا يملكان تغييره فأشبه حال عدم الإذن غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن بخلاف الطعام والكسوة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسألتنا قضى دينا عليهما وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق لأنه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

قيد بالإذن لأنه لو اشتراها للوطء بلا إذن كانت مشتركة لما قدمناه وقدمنا أن السكوت عند الاستئذان لا يكون إذنا فلا يكون له خاصة وقد بينا الفرق بينه وبين سكوت الموكل

كتاب الوقف مناسبته للشركة باعتبار أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال وله معنى لغوي وشرعي وسبب ومحل وشرائط وركن وأحكام ومحاسن وصفة

فمعناه في اللغة الحبس قال في القاموس

وقف الدار حبسه كأوقفه وهذه لغة رديئة اه

وأما معناه شرعا فما أفاده قوله (حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة) يعني عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى وزاد في فتح القدير على كلام المصنف أو صرف منفعتها على من أحب قال لأن الوقف يصح لمن يحب من الأغنياء بلا قصد القربة وهو وإن كان لا بد في آخره من القربة كشرط التأبيد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الأغنياء بلا تصدق اه

وقد يقال إن الوقف على الغني تصدق بالمنفعة لأن الصدقة كما تكون على الفقراء تكون على الأغنياء وإن كان التصدق على الغني مجازا عن الهبة عند بعضهم

وصرح في الذخيرة بأن في التصدق على الغني نوع قربة دون قربة الفقير

وعرفه شمس الأئمة السرخسي بأنه حبس المملوك عن التمليك من الغير وسببه إرادة محبوب النفس في الدنيا ببر الأحباب وفي الآخرة بالتقرب إلى رب الأرباب جل وعز

ومحله المال المتقوم وشرائطه أهلية الواقف للتبرع من كونه حرا عاقلا بالغا وأن يكون منجزا غير معلق فإنه مما لا يصلح تعليقه بالشرط فلو قال إن قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا تصير وقفا

وذكر في جامع الفصولين الوقف فيما لا يصح تعليقه بالشرط في رواية فأشار أن فيه روايتين وجزم بصحة إضافته

وفي البزازية وتعليق الوقف بالشرط باطل

وفي الخانية ولو قال إذا جاء غد فأرضي صدقة موقوفة أو قال إذا ملكت هذه الأرض فهي صدقة موقوفة لا يجوز لأنه تعليق والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر لأنه لا يحلف به فلا يصح تعليقه كما لا يصح **تعليق الهبة** بخلاف النذر لأنه يحلف به ويحتمل التعليق اه

فإذا جاء غد تعليق ووقفته غدا إضافة وقد بينا الفرق بينهما في شرحنا على المنار وفي لب الأصول ولو قال وقفته إن شئت ثم قال شئت كان باطلا للتعليق

". (١)

"

ولو شرط الخيار للراهن جاز للمرتهن إذ له نقض الرهن متى شاء بر (((بلا))) خيار ولو كفل بنفس أو مال وشرط الخيار للمكفول له أو للكفيل جاز اه

ويصح شرط الخيار في الإبراء بأن قال أبرأتك على أني بالخيار ذكره فخر الإسلام من بحث الهزل

---

(١) البحر الرائق، ٥/٢٠٢

ويصح أيضا اشتراطه في تسليم الشفعة بعد طلب المواثبة ذكره فيه أيضا ويصح اشتراطه في الحوالة أيضا وفي الوقف على قول أبي يوسف وينبغي صحته في المزارعة والمعاملة لأنها إجارة فهي خمسة عشر موضعا

ولا يصح في النكاح والطلاق واليمين والنذر والإقرار بعقد والصرف والسلم والوكالة

علله قاضيخان بأنه إنما يدخل في لازم يحتمل الفسخ

وفي الولوالجية اشترى عبدا واشترط أن للمشتري خيار يومين بعد شهر رمضان والشراء في آخر رمضان فهوجائز ويكون له الخيار ثلاثة أيام واليوم (((اليوم))) الآخر من رمضان ويومين بعده لأنه سكت عن الخيار يوم العقد وأمكن تصحيح هذا العقد ولعل تصحيح هذا العقد باشتراط الخيار يوم العقد ويومين بعد رمضان

ولو قال البائع للمشتري لا خيار لك في رمضان فالبيع فاسد لأنه تعذر تصحيح العقد اه

وفي فتح القدير لو قال له أنت بالخيار فله خيار المجلس فقط ولو قال إلى الظهر فعند أبي حنيفة يستمر إلى أن يخرج وقت الظهر وعندهما لا تدخل الغاية اه

وكذا إلى الليل أو إلى ثلاثة أيام يدخل ما بعد إلى

وشمل ما إذا شرطاه في كل المبيع أو بعضه لما في السراجية اشترى مكيلا أو موزونا أو عبدا وشرط الخيار له في نصفه أو ثلثه أو ربعه جاز مذكورة في الزيادات اه

وسيأتي حكم ما إذا كان المبيع متعددا فجعل الخيار في البعض وهو خيار التعيين

وفي التتارخانية وإذا اشترطه المشتري له في الثمن أو في المبيع كان له الخيار فيهما اه

ولو اشترى عبدا بألف درهم على أن المشتري بالخيار فأعطاه بها مائة دينار ثم فسخ البيع فعن أبي يوسف الصرف جائز ويرد الدراهم والصرف باطل على قول أبي حنيفة كذا في التتارخانية

فإن قلت قد صرح فيه أنه لو أطلق الخيار فسد البيع ولا شك أن قوله أنت بالخيار أو لك الخيار إطلاق فما التوفيق قلت قد صور في الولوالجية والخلاصة مسئلة أنت بالخيار أنه باع بلا خيار ثم لقيه بعد مدة فقال له أنت بالخيار فه (((فله))) الخيار ما دام في المجلس بمنزلة قوله لك الإقالة بخلاف ما إذا أطلقاه وقت العقد

وفي الخانية ابتداء التأجيل في البيع بثمن مؤجل بخيار من وقت سقوطه لا من وقت العقد سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري وللشفيع الطلب وقت العقد حيث علم لا وقت السقوط ويطلب في بيع الفضولي وقت الإجازة في البيع الفاسد حين انقطاع الاسترداد وفي **الهبة بشرط** العوض روايتان في رواية يطلب عنه القبض وفي رواية عند العقد وهو الصحيح

ولوكان الخيار للبائع فصالحه المشتري على معين لإمضاء البيع صح ويكون زيادة في الثمن وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على إسقاطه فحط عنه من الثمن كذا أو زاده عرضا جاز اه فلو صالحه (((صالح))) البائع على إبطال البيع ويعطيه مائة ففعل انفسخ البيع ولا شيء له كذا في التتارخانية

وأطلق في المتبايعين فشمل الأصيل والنائب فصح للوكيل والوصي كما في الخانية

ولوأمره ببيع مطلق فعقد بخيار له أو للآمر أو لأجنبي صححاه ولو أمره ببيع بخيار للآمر فشرط لنفسه لا يجوز وإن كان اشتراط الخيار لنفسه اشتراطا للآمر لأن الآمر إذا أمره ببيع لا يكون للمأمور فيه رأي وتدبير ويكون للآمر كله وفيما فعله (((يفعله))) يكون له رأي ويكون للآمر بطريق التبعية فيكون مخالفا

ولو أمره بشراء بخيار للآمر فاشتراه بدون الخيار نفذ الشراء عليه دون الآمر للمخالفة بخلاف ما إذا أمره ببيع خيار فباع باتا حيث يبطل البيع أصلا كذا في الولوالجية

فإن قلت هل يصح تعليق إبطاله وإضافته قلت قال في

". (١)

"وهو المقدار يقتضي أن لا يضم أجرة القصار والصباغ ونحوهما لأنها ليست بثمن في العقد الأول

وإذا أريد المثل قدرا وادعى أن الأجرة من الثمن الأول عادة كما فعله الشارحون ورد عليه أنها جائزة بعينه إذا كان قد وصل إلى المشتري الثاني وما أورده في فتح القدير من الشراء بثمن نسيئة فإن المرابحة لا تجوز على ذلك الثمن ليس بوارد لأنها جائزة إذا بين أنه اشتراه نسيئة كما سيأتي آخر الباب

وقد وضعت لكل منها تعريفا لا يرد عليه شيء إن شاء الله تعالى فقلت التولية نقل ما ملكه بغير عقد الصلح **والهبة بشرط** عوض بما يتعين بعين ما قام عليه أو بمثله أو برقمه أو بما قومه به في غير شراء

---

(١) البحر الرائق، ٦/٤

القيمي أو بمثل ما اشترى به من لا تقبل شهادته له من أصوله وفروعه وأحد الزوجين أو مكاتبه أو عبده المأذون أو أحد المتفاوضين من الآخر أو بمثل ما اشترى به مضار به أو رب المال مع ضم حصة من الربح بزيادة ربح في المرابحة وبلا ربح في التولية

فخرج ما ملكه في الصلح لابتنائه على الحط والمساهلة بخلاف ما إذا اشتراه من مديونه بالدين وهو يشتري بذلك الدين فإنه يجوز كما في الظهيرية وما ملكه **بالهبة بشرط** العوض أيضا كما في الظهيرية

وخرج بما يتعين ما لا يتعين كما قدمناه

وقلنا بعين ما قام عليه ولم نذكر العقد الأول ولا الثمن السابق ليدخل الغصب وما تكلفه على العين وليخرج ما إذا اشترى دجاجة فباضت عنده عشر بياضات (((بيضات))) ولم ينفق عليها قدر البيض فإنه ليس له المرابحة على الثمن الأول كما في النهاية

وقلنا بالعين أو بالمثل من غير اقتصار على أحدهما لجوازها على العين في صورة قدمناها وعلى المثل فيما عداها ويدخل في المثل مثل الثمن السابق إن كان البيع صحيحا وقيمته إن كان فاسدا كذا في المحيط

وأو في التعريف ليست للإبهام وإنما هي للتنويع

وقلنا أو برقمه ليدخل ما إذا اشترى متاعا ثم رقمه بأكثر من الثمن الأول ثم باعه مرابحة على رقمه جاز ولا يقول قام علي بكذا ولا قيمته ولا اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب وإنما يقول رقمه كذا فأنا أرابح على كذا كما في النهاية

قلنا (((وقلنا))) أو بما قومه به ليدخل ما ملكه بإرث ونحوه كما قدمناه وقيدنا بغير شراء القيمي لأنه إذا اشترى قيميا وقومه لم تجز المرابحة والفرق بين القيميين أن في شراء (((الشراء))) القيمي له أصل يرجع إليه وهو الثمن الأول واحتمل أن يكون ما قومه به أزيد في نفس الأمر والمرابحة مبنية على الاحتراز عن شبهة الخيانة بخلاف ما إذا ملكه بغير بدل لعذم (((لعدم))) الثمن الأول يكون ما قومه به مخالفا له واحتمال الزيادة في تقويمه لا يعد خيانة لأنه من جهة المشتري

ولو كان بعض المبيع مشترى والبعض غير مشترى فقال في الظهيرية رجل اشترى من آخر ثوبا وبطانة وجعلهما جبة وجعل حشوها قطنا ورثه أو وهب له ثم حسب الثمن وأجر الخياط ثم قال لغيره قام علي

بكذا وباعه مرابحة على ذلك جاز وكذا الرجل يرث الثوب فيبسطه بالقز الذي اشتراه وحسب أجر الخياط وثمن القز ثم

." (١)

"مكان الإيفاء

وقيده في فتح القدير بأن يكون قليلا وإلا فقد يسلم في أمناء من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالا ويسلمه في المكان الذي أسلم فيه وكلما قلنا يتعين مكان العقد فهو مقيد بما إذا كان مما يتأتى فيه التسليم وما لا بأن أسلم إليه وهما في مركب في البحر أو جبل فإنه يجب في أقرب الأماكن التي يمكن فيها وهذا على رواية الجامع الصغير

وذكر في الإجارات أن ما لا حمل له يوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح لأن الأماكن كلها سواء

ولو عين مكانا قيل لا يتعين وقيل يتعين وهو الأصح كذا في فتح القدير

وصحح في المحيط أنه يتعين موضع العقد فيما لا حمل له لأن القيمة تختلف باختلاف الأماكن فالكافور (((والكافور))) أكثر قيمة في المصر لكثرة الرغبة فيه في المصر وقلتها في السواد اه

قوله (وقبض رأس المال قبل الافتراق) أي وشرطه قبض رأس المال قبل أن يتفرقا لأن السلم ينبي عن أخذ عاجل بآجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما في الحوالة والكفالة والصرف

وظاهر كلامه أن القبض شرط انعقاده صحيحا كبقية الشروط وهو قول البعض والصحيح أنه شرط بقائه على الصحة فينعقد صحيحا بدونه ثم يفسد بالافتراق بلا قبض وستأتي فائدة الاختلاف في الصرف

وأطلقه فشمل ما إذا كان رأس المال مما لا يتعين أو يتعين لما ذكرناه وفي الخلاصة ولو أبى المسلم إليه قبض رأس المال أجبر رعليه اه

وفي الواقعات باع عبدا بثوب موصوف في الذمة فإن لم يضرب للثوب أجلا لا يجوز لأن الثوب لا يجب في الذمة إلا سلما فالأجل شرط فلو ضرب الأجل جاز لوجود شرطه فلو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل العقد لأن هذا العقد اعتبر سلما في حق الثوب بيعا في حق العبد ويجوز أن يعتبر في عقد واحد

---

(١) البحر الرائق، ١١٧/٦

حكم عقدين كما في الهبة بشرط العوض وكما في قول المولى لعبده إذا أديت إلي ألفا فأنت حر اعتبر فيه حكم اليمين وحكم المعاوضة اه

وأشار المصنف رحمه الله إلى أنه لا يدخله خيار الشرط لأنه يمنع تمام القبض قالوا ولا يثبت في المسلم فيه خيار رؤية ويثبت فيه خيار العيب ويثبتان في رأس المال إذا كان مما يتعين وإلا فخيار الرؤية لا يثبت في النقود

ودل قوله قبل الافتراق دون أن يقول في المجلس على أن القبض في المجلس ليس بشرط

وفي البزازية وإن مكثا إلى الليل أو سافرا فرسخا أو أكثر ثم سلم جاز وإن نام أحدهما أو ناما لم تكن فرقة ولو أسلم عشرة في كر ولم تكن الدراهم عنده فدخل المنزل ليخرجه إن توارى عن المسلم إليه بطل وإن بحيث يراه لا وصحت الكفالة والحواله والارتهان برأس مال المسلم (((السلم))) اه

وفي البدائع ثم إذا جازت الحوالة والكفالة فإن قبض المسلم إليه رأس المال من المحتال عليه أو الكفيل أو من رب السلم فقد تم العقد بينهما إذا كانا في المجلس سواء بقي الحويل أو الكفيل أو فترقا (((افترقا))) بعد أن كان العاقدان في المجلس

وإن افترق العاقدان بأنفسهما قبل القبض بطل السلم وبطلت الحوالة والكفالة وإن بقي المحال عليه والكفيل في المجلس العبرة (((والعبرة))) لبقاء العاقدين وافتراقهما لا لبقاء الحويل والكفيل وافتراقهما لأن القبض من حقوق العقد وقيام العقد بالعاقدين فكان المعتبر بمجلسهما وعلى هذا الكفالة والحوالة ببدل الصرف

وأما الرهن برأس لمال فإن هلك الرهن في المجلس وقيمته مثل رأس المال أو أكثر فقد تم العقد بينهما وإن كانت قيمته أقل من رأس المال تم العقد بقدره ويبطل في الباقي وإن لم يهلك الرهن حتى افترقا بطل السلم لحصول الافتراق لا عن قبض وعليه رد الرهن على صاحبه وكذا الحكم في بدل الصرف اه

وفي إيضاح الكرماني من الرهن ولو أخذ بالمسلم فيه رهنا وسلطه على البيع فباعه بجنس المسلم فيه أو بغير جنسه جاز اه

وفي تلخيص الجامع من باب إقرار المريض لوارث آخر والدينين قضاء لأولهما فلو أسلم ثم استقرض وقعت المقاصصة وفي عكسه لا اه

أي لا تقع المقاصة

". (١)

"عليك لا يبرأ ا هـ

وفيها أيضا لو قالت المريضة لزوجها إن مت من مرضي هذا فمهري عليك صدقة أو أنت في حل من مهري فماتت من ذلك المرض كان مهرها على زوجها لأن هذه مخاطرة فلا تصح ا هـ

وحاصله أن التعليق بموت الدائن صحيح إلا إذا كان المديون وارثا له وعلق في مرض موته فيكون مخصصا لإطلاق الكتاب

وفي البزازية من الدعوى قال المديون دفعت إلى فلان فقال إن كنت دفعت إليه فقد أبرأتك صح لأنه تعليق بأمر كائن ا هـ

ومن فروع عدم صحة تعليق الإبراء ما في المبسوط لو قال الطالب للخصم إن حلفت فأنت بريء فهذا باطل لأنه تعليق البراءة بخطر وهي لا تحتمل التعليق ا هـ

وفي الخانية من الهبة امرأة قالت لزوجها وهبت مهري منك على أن كل امرأة تتزوجها تجعل أمرها بيدي فإن لم يقبل الزوج ذلك بطلت الهبة وإن قبل ذلك في المجلس جازت الهبة ثم إن فعل الزوج ذلك فالهبة ماضية وإن لم فعل (((يفعل))) فكذلك عند البعض كمن أعتق أمة على أن لا تتزوج فقبلت عتقت تزوجت أو لم تتزوج

امرأة قالت لزوجها وهبت مهري إن لم تطلمني (((تظلمني))) فقبل الزوج ذلك ثم طلقها بعد ذلك قال أبو بكر الاسكاف وأبو القاسم الصفار الهبة فاسدة لأنها **تعليق الهبة** بالشرط وهذا بخلاف ما لو قالت وهبت منك مهري على أن لا تظلمني فقبل صحت الهبة لأن هذا **تعليق الهبة** بالقبول فإذا قبلت تمت الهبة فلا يعود المهر بعد ذلك وهو نظير ما لو قال لامرأته أنت طالق إن دخلت الدار لا تطلق ما لم تدخل ولو قال أنت طالق على دخولك الدار فقال (((فقالت))) قبلت وقع الطلاق

وقال محمد ابن مقاتل في مسألة الظلم مهرها عليه على حاله إذا ظلمها لأن المرأة لم ترض بالهبة إلا بهذا الشرط فإذا فات الشرط فات الرضا أما الطلاق فالرضا فيه ليس بشرط والدليل على هذا ما ذكر في

(١) البحر الرائق، ١٧٧/٦

كتاب الحج إذا تركت المرأة مهرها على الزوج على أن يحج بها فقبل الزوج ذلك ولم يحج بها كان المهر عليه على حاله والفتوى على هذا القول

قال مولانا رضي الله تعالى عنه ويمكن الفرق بين مسألة الحج وبين مسألة الظلم ووجه ذلك أن في مسألة الحج لما شرطت الحج بها فقد شرطت نفقة الحج (((الحج))) عليه فيكون هذا بمنزلة **الهبة** **بشرط** العوض فإذا لم يحصل العوض لا تتم الهبة

أما في مسألة الظلم شرطت عليه ترك الظلم وترك الظلم لا يصلح عوضا قال مولانا رضي الله تعالى عنه ثم ذكر في بعض النسخ إذا شرطت عليه أن لا يظلمها فقبل الزوج ثم ضربها وأجابا كما ذكر

وعندي إذا ضربها بغير حق أما إذا ضربها لتأديب مستحق عليها لا يعود المهر لأن ما كان حقا لا يكون ظلما

امرأة وهبت مهرها من زوجها ليقطع لها في كل حول ثوبا مرتين وقبل الزوج فمضى حولان ولم يقطع قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل إن كان ذلك شرطا في الهبة فهرها (((فمهرها))) عليه على حاله لأن هذا بمنزلة **الهبة بشرط** العوض فإذا لم يحصل العوض لا تصح الهبة وإذا لم يكن ذلك شرطا في الهبة سقط مهرها ولا يعود بعد ذلك

وكذا لو وهبت مهرها على أن يحسن إليها ولم يحسن كانت الهبة باطلة ويكون بمنزلة **الهبة بشرط** العوض

رجل قال لامرأته أبرئيني من مهرك حتى أهب لك كذا فابرأته ثم أبى الزوج أن يهب منها ما قال كان المهر عليه كما كان امرأت (((امرأة))) وهبت مهرها من زوجها على أن يمسكها ولا يطلقها فقبل الزوج ذلك ثم طلقها قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل إن لم يكن وقت للإمساك وقتا لا يعود مهرها على الزوج وإن وقت وقتا وطلقها قبل ذلك الوقت كان المهر عليه على حاله فقيل له إذا لم يوقت لذلك وقتا كان قصدها أن يمسكها ما عاش قال نعم إلا أن العبرة لإطلاق اللفظ فإنه ذكر في كتاب الوصايا

رجل أوصى لأم ولده بثلث ماله إن لم تتزوج فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فإنها تستحق الثلث بحكم الوصية

امرأة وهبت مهرها من زوجها على أن يطلقها فقبل الزوج قال خلف صحت الهبة طلقها

". (١)

"أو لم يطلقها لأن ترك الطلاق لا يكون عوضا بقيت هذه **هبة بشرط** فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وذكر في النوازل إذا قالت المرأة لزوجها تركت مهري عليك على أن تجعل أمري بيدي ففعل الزوج ذلك قال مهرها عليه ما لم تطلق نفسها

وو وهبت مهرها الذي على المطلق منه على أن يتزوجها ثم أبي أن يتزوجها قالوا مهرها عليه على حاله تزوجها أو لم يتزوجها لأنها جعلت المال على نفسها عوضا عن النكاح وفي النكاح العوض لا يكون على المرأة

ا هـ أما في الخانية

فإن قلت إن هبة الدين إبراء فكيف صح تعليقه بالشرط في بعض هذه المسائل قلت الإبراء يصح تعليقه بالشرط المتعارف وبهذا يجب تقييد كلام المصنف رحمه الله تعالى ومن أطلق ففي المسائل التي قدمناها التي قالوا فيها بصحة التعليق إنما هو في المتعارف

وما قالوا فيها بعدمها فإنما هو في غير المتعارف ويدل على هذا التقييد أيضا ما في القنية من باب مسائل الإبراء بالطلاق من كتاب الطلاق ولو أبرأته مطلقته بشرط الأمهار صح التعليق لأنه شرط متعارف وتعليق الإبراء بشرط متعارف جائز فإن قبل الإمهار وهم بأن يمهرها فأبت ولم تزوج نفسها منه لا يبرأ لفوت (((لفوات))) الإمهار الصحيح ولو أبرأته المبتوتة بشرط تجديد النكاح بمهر ومهر مثلها مائة فلو جدد لها نكاحا بدينار فأبت لا يبرأ بدون الشرط

قالت المسرحة لزوجها تزوجني فقال لها هبي لي المهر الذي لك علي فأتزوجك فأبرأته مطلقا غير معلق بشرط التزوج يبرأ إذا تزوجها وإلا فلا لأنه إبراء معلق دلالة

وقيل لا يبرأ وإن تزوجها لأن هذا الإبراء على سبيل الرشوة فلا يصح

أبرأته بشرط أن يمسكها بمعروف ويحسن معاشرتها ولا يؤذيها ولا يطلقها فقبل ثم تزوج عليها وأغار على مالها وأذاها وطلقها فالإبراء بهذا الشرط غير صحيح

وساق فيها فروعا كثيرة في بعضها لا يصح التعليق وفي بعضها يصح

(١) البحر الرائق، ١٩٨/٦

وفي جامع الفصولين لو قال كل حق لي عليك فقد أبرأتك لا يصح وكذا إضافة الإبراء إلى ما يجب في الزمن الثاني لا يصح

ولو قال لمديونه الدنانير العشرة التي لي عليك اعطني منها خمسة ووهبت منك الخمسة صح الإبراء سواء أعطاه الخمسة أو لا لأنه تنجيز الإبراء لا تعليقه

ولو قال أبرأتك عن الخمسة على تدفع الخمسة حاله فإن كانت العشرة حالة صح الإبراء لأن أداء الخمسة يجب عليه حالا فلا يكون هذا تعليق الإبراء بشرط تعجيل الخمسة ولو مؤجلة بطل الإبراء إذا لم يعطه الخمسة حالا ا هـ

ثم اعلم أن الإبراء يصح تقييده بالشرط وليس هو تعليقا وعليه فروع كثيرة مذكورة في آخر كتاب الصلح

وذكر الشارح هناك أن الإبراء يصح تقييده لا تعليقه والله تعالى أعلم

وهذا التقرير إن شاء الله تعالى من خواص هذا الشرح فاغتنمه واحفظ هذا التفصيل في الإبراء

قوله (وعزل الوكيل) بأن قال لوكيله عزلتك على أن تهدي إلى شيأ أو إن قدم فلان لأنه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط كذا ذكر العيني وتعليله يقتضي عدم صحة تعليقه وأما كونه يبطل بالشرط الفاسد فلا دليل عليه من هذا وعندي أن هذا خطأ أيضا وأن عزل الوكيل ليس من

". (١)

"الاسقاطات لكن لا يحلف به فلو حذف التي يحلف بها الدخل (((لدخل))) ولدخل تعليق تسليم الشفعة فإن صحيح كما في البزازية لكونه إسقاطا لكن لا يحلف به

وقد فات المصنف الرهن فإنه مما لا يبطل بالشرط الفاسد كما في البزازية وفاتة أيضا مسألة الإسلام فإنه لا يصح تعليقه بالشرط كما في فتاوى قارىء الهداية

وبرد (((ويرد))) عليه أن الهبة يجوز تعليقها بالشرط الملائم نحو وهبتك على أن تقرضني كذا كذا في جامع الفصولين

---

(١) البحر الرائق، ٦/١٩٩

وعلى هذا فما ذكره الكردي (((الكردري))) في المناقب معزيا إلى الناصحي لو قال إن اشتريت جارية فقد ملكتها منك يصح ومعناه إذا قبضه بناء على ذلك اه

مبني على أن الشرط ملائم

وفي البزازية من البيوع **وتعليق الهبة** بإن باطل وبعلى إن ملائما كهبته على أن يعوضه يجوز وإن مخالفا بطل الشرط وصحت الهبة

ويرد عليه أيضا تعليق دعوة الولد صحيح كقوله إن كانت جاريتي حاملا فني (((فمتى))) صح كذا في البزازية وليس مما ذكره

وكذا يرد عليه الكفالة فإنه يصح تعليقها بشرط ملائم كما قدمناه

ولم يذكر المصنف ولا الشارح يجوز تعليقه بالشرط الجائز وما لا يجوز وتقييده بالفاسد يخرجه وفي البزازية إن ما يتعلق بذكر الشرط الجائز يفسده الفاسد من الشرط كالبيع والإجارة والصلح على مال والفسمة (((والقسمة))) وعقد لا يتعلق بالجائز

فالفاسد من الشرط لا يبطله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال فالأول لا يصح إلا ببدل منطوق معلوم يجري فيه التمليك والتملك ولاثاني (((والثاني))) يصح ببدل وبدونه وببدل مجهول وحرام وحلال وعقد يتعلق بالجائز منه

والفاسد منه على نوعين نوع يفسده ونوع لا وهو الكتابة إلى آخر ما فيها

وقد ذكر المصنف رحمه الله تعالى ما يجوز إضافته إلى زمان وما لا يجوز في آخر كتاب الإجارات فإذاوصلناإليه (((فإذا))) شرحناه بأتم مما ذكره الشارح هنا وننبه على ما فاتهما إن شاء الله تعالى والله أعلم بالصواب

كتاب الصرف تقدم وجه تأخيره والكلام فيه في مواضع الأول في معناه اللغوي

ذكر في القاموس أن صرف

". (1)

"عبد في يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده غصبه الذي في يديه وأقام آخر البينة أنه عبده أودعه الذي في يديه يقضى به بينهما اه

(والرهن أحق من الهبة) يعني لو ادعى أحدهما رهنا مقبوضا والآخر هبة وقبضا وبرهنا فالرهن أولى وهذا استحسان والقياس أن الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته

ووجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى

أطلق الهبة وهي مقيدة بأن لا عوض فيها فإن كانت بشرط العوض فهي أولى من الرهن لأنها بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لأنه ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا **الهبة بشرط** العوض

قيد بكون العين في يد ثالث إذ لو كانت في يد أحدهما فإنه أولى إلا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فهو أولى ولو كانت في أيديهما يقضى بها بينهما نصفين إلا أن يؤرخا وتاريخ أحدهما أسبق فيقضى له

قال العمادي هذا في الشراء والهبة والصدقة مستقيم لأن الشيوع الطارىء لا يفسد الهبة والصدقة على ما عليه الفتوى أما في الرهن لا يستقيم لأن الشيوع الطارىء يفسد الرهن فينبغي أن يقضي بالكل لمدعي الشراء إذا اجتمع الرهن والشراء لأن مدعي الرهن أثبت رهنا فاسدا فلا تقبل بينته فصار كأن مدعي الشراء انفرد بإقامة البينة ولهذا قال شيخ الإسلام خواهر زاده إنه إنما يقضى به بينهما فيما إذا اجتمع الشراء والهبة إذا كان المدعي مما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة أما إذا كانت شيئا يحتملها يقضي بالكل لمدعي الشراء قال لأن مدعي الشراء قد استحق النصف على مدعي الهبة

واستحقاق نصف الهبة في مشاع يحتمل القسمة يوجب فساد الهبة فلا تقبل بينة مدعي الهبة غير أن الصحيح ما أعلمتك من أن الشيوع الطارىء لا يفسد الهبة والصدقة ويفسد الرهن والله أعلم ا ه

قوله (ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ أو على الشراء من واحد فالأسبق أحق) لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه

---

(1) البحر الرائق، ٦/٢٠٨

وأطلق الواحد فشمل ذا اليد وقيده في الهداية بغير ذي اليد وتعقبه الشارحون بأنه لا فائدة فيه فإنه الحكم لا يتفاوت أن يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد أو غيره بعد أن يكون البائع واحدا ولا يعلم فيه خلاف اه

ويتأتى التفريع فيها كالتي قبلها من أن أحدهما إذا ادعى شراء والآخر هبة وقبضا إلى آخره

وحاصل المسألتين أن الخارجين ادعيا تلقي الملك من واحد سواء كان ذلك الواحد ذا يد أو غيره

قلت إنما قيده به لأنهما لو ادعيا الشراء من ذي اليد فقد تقدمت فلا فائدة في التعميم مع تقدم تلك المسألة

وقيد بالبرهان على التاريخ منهما في الأولى لأنه لو أرخت إحداهما دون الأخرى فهما سواء كما لو لم يؤرخا عنده

وقال أبو يوسف المؤرخ أولى

وقال محمد المبهم أولى بخلاف ما إذا أرخت إحداهما فقط في الثانية فإن المؤرخ أولى

والحاصل أنهما إذا لم يؤرخا أو أرخا واستويا فهي بينهما في المسألتين وإن أرخا وسبق إحداهما فالسابق أولى فيهما وإن أرخت إحداهما فقط فهي الأحق في الثانية لا في الأولى وقدمنا أن دعوى الوقف كدعوى الملك المطلق فيقدم الخارج والأسبق تاريخا

وفي السراج الوهاج فإن كان المدعي دابة أو أمة فوافق سنها أحد التارخين (((التاريخين))) كان أولى لأن سن الدابة مكذب لأحد البينتين فكان من صدقه أولى قوله (وعلى الشراء من آخر وذكرا تاريخا استويا) أي برهن كل واحد منهما على الشراء من آخر وذكر تاريخا فهما سواء لأنهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا

أطلق في قوله وذكرا تاريخا فشمل ما إذا استوى تاريخهما أو سبق تاريخ أحدهما بخلاف ما إذا كان الملك لهما واحدا حيث يكون الأسبق أولى كذا ذكره الشارح تبعا للكافي وهو سهو

". (١)

---

(١) البحر الرائق، ٧/٢٤١

"وللواهب أن يرده على بائعه سواء كان بقضاء أو رضا لأن العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الإطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء فإنه لا يرده على بائعه الأول لأن الحق هنالك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا

وأما رد المريض الهبة في مرض موته فمعتبر من الثلث وإن كان بقضاء فلا شيء لورثة المريض على الواهب كذا في فتاوى قاضيخان

وأشار المصنف إلى أن الواهب بعد التسليم لو استهلكها ضمنها ولو كان عبدا فأعتقه الواهب لم يصح عتقه كذا في فتاوى قاضيخان

واعلم أن مرادهم بالفسخ من الأصل هو أن لا يترتب على العقد أثر في المستقبل لا أن يبطل أثره في كل وجه فيما مضى وإلا لعاد الزوائد المنفصلة المتولدة إلى ملك الواهب برجوعه ويحرم قبل الرد انتفاع المشتري بالمبيع قبل الرد إذا رد بعيب بقضاء وليس كذلك كذا ذكره في جامع الفصولين

وفي فتاوى قاضيخان لو كان على العبد جناية خطأ فوهبه لولي الجناية بطلت الجناية ويكون للواهب أن يرجع في هبته استحسانا وإذا رجع مولى العبد في هبة العبد لا يعود الدين والجناية في قول محمد ورواية عن أبي حنيفة وفي القياس لا يصح رجوعه في الهبة وهو رواية عن الثلاثة

ولو كان المولى وهب الأمة من زوجها بطل النكاح فإن رجع في الهبة بعد ذلك صح رجوعه ولا يعود النكاح كما لا يعود الدين والجناية وفي رواية يعود النكاح ا هـ مختصرا

قوله (فإن تلفت الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لأنها عقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرور

قيد بالهبة لأن عقود المعاوضات يثبت بها الغرور فللمشتري الرجوع على بائعه وكذا بكل عقد يكون للدافع كالوديعة والإجارة إذا هلكت الوديعة أو العين المستأجرة ثم جاء رجل واستحق الوديعة أو المستأجر وضمن المودع والمستأجر فإن المودع والمستأجر يرجع على الدافع بما ضمن وكذا كل من كان في معناهما فالحاصل أن المغرور يرجع بأحد الأمرين إما بعقد المعاوضة أو بعقد يكون للدافع والإعارة كالهبة هنا لأن قبض المستعير كان لنفسه كذا في فتاوى قاضيخان من فصل الغرور من البيوع

قوله (**والهبة بشرط** العوض هبة ابتداء فيشترط فيها التقابض في العوضين وتبطل في الشيوع بيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) لاشتمالها على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا

بالشبهين وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما

وقال زفر هو بيع ابتداء وانتهاء

وفي الحقائق وصورته أن يقول وهبتك ذا على أن تعوضني كذا إذا لو قال وهبتك بكذا فهو بيع إجماعا ا هـ

وكذا في غاية البيان وظاهره أنه بيع ابتداء وانتهاء

وفي فتاوى قاضيخان المكره على **الهبة بشرط** العوض إذا باع يكون مكرها والمكره بالبيع إذا وهب بشرط العوض كان مكرها فيه والإكراه بأحدهما يكون إكراها بالآخر ا هـ

فالظاهر أن في هذه المسألة تكون **الهبة بشرط** العوض بيعا ابتداء وانتهاء وقد صرح به في الفتاوى الظهيرية

وقال الناصحي في الجمع بين وقفي هلال والخصاف في باب ما يجوز من الوقف وما لا يجوز ولو وهب الواقف الأرض التي شرط الاستبدال به ولم يشترط عوضا لم يجز ولو شرط عوضا فهو كالبيع ا هـ

وفي المجمع وأجاز محمد هبة الأب مال ابنه الصغير بشرط عوض مساو قيمته يعني وقالا لا يجوز فيحتاج على قولهما إلى الفرق بين الوقف ومال الصغير

وأراد بالعوض العوض المعين إذا في اشتراط العوض المجهول تكون هبة ابتداء وانتهاء لبطلان اشتراطه كما سيأتي والله أعلم

فصل هذا الفصل بمنزلة مسائل شتى تذكر في آخر الكتاب قوله (ومن وهب أمة إلا حملها أو على أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو دارا على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه منها شيئا

---

(١) ".

"صحت الهبة وبطل الاستثناء والشرط) لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فدخل فيه كل عقد لا يبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح والخلع والصدقة والصلح عن دم العمد والعتق فيصح

---

(١) البحر الرائق، ٧/٢٩٥

ويبطل الاستثناء

وخرج كل ما يبطله كالبيع والإجارة والرهن والكتابة وما يصح مع الاستثناء كالوصية والخلع

فهذا ظهر أن استثناء الحمل في العقود على ثلاثة مراتب

وأما ايراد العقد عليه بانفراده فلا يصح كالبيع والكتابة وإن قبلت الأم والهبة والصدقة وإن سلم الأم إلى الموهوب له أو المتصدق عليه والنكاح ويجب مهر المثل ولو صالح عن القصاص على ما في البطن فهو صحيح مبطل للقصاص وتجب الدية وعتقه منفردا صحيح إذا علم وجوده وقته كالوصية والخلع وإن لم يكن موجودا وقته فلا يرجع (((ويرجع))) عليها بما ساق لها من المهر إن قالت اخلعني على ما في بطن جاريتي من ولد وإن لم تقل من ولد فلان كذا في غاية البيان مختصرا

وأشار المصنف إلى أنه لو عتق (((أعتق))) ما في بطنها ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء

ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك (((الملك))) بخلاف البيع حيث لا يجوز في الفصول كلها للنهي عن بيع وشرط وقد تقدم أن العوض لا يصح أن يكون بعض الموهوب فلهذا بطل قوله على أن يرد عليه شيئا منها سواء كان الشرط بهذه العبارة أو كان الشيء معينا كالثلث والربع

وأما قوله أو يعوضه عنها شيئا فلا يصح أيضا لأن اشتراط التعويض في الهبة لا بد أن يكون العوض معلوما لما تقدم أنه تمليك مبتدأ وهذا مجهول وبهذا اندفع إشكال الشارح رحمه الله تعالى تبعا لصاحب النهاية وهو أنه إذا أراد به **الهبة بشرط** العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لأنه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئا منها ا هـ

فإن كلامه لا يتم إلا إذا كان العوض معينا

وليس مراد المصنف هذا ما ظهر لي قبل الاطلاع على كلام صدر الشريعة ثم رأيته صرح به فقال أقول إن مرادهم ما إذا كان العوض مجهولا وإنما يصح العوض إذا كان معلوما ا هـ

قوله (ومن قال لمديونه إذا جاء غد فهو لك أو أنت منه بريء أو إن أديت إلي نصفه فلك نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل) لأن هبة الدين ممن عليه ابراء وهو تمليك من وجه فيرتد بالرد ولو بعد المجلس على خلاف فيه كما في النهاية وإسقاط من وجه فلا يتوقف على القبول

والتعليق بالشروط مختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يصح تعليق التمليكات ولا الإسقاطات من وجه دون وجه ولا الإسقاطات من كل وجه ولا يحلف بها كالعفو عن القصاص

وقيد بقوله إن أديت لأنه لو قال أنت بريء من النصف على أن تؤدي إلي النصف صح لأنه ليس بتعليق بل تقييد ولما قدمناه من باب التعليق أن المعلق بعلى هو ما بعدها لا ما قبلها

وأشار المصنف بقوله لمديونه أن هبة الدين للكفيل تمليك من كل وجه حتى يرجع بالدين على المكفول عنه ولا يتم إلا بقبوله (((بقبول))) وإبراء الكفيل عن الدين اسقاط من كل وجه حتى لا يرتد بالرد كذا في النهاية

ثم قولهم إن الإبراء لا يتوقف على القبول يستثنى منه ما إذا أبرأ رب الدين بدل الصرف والسلم أو وهبه له يتوقف على القبول لأن البراءة عنه توجب انفساخه لفوات القبض المستحق بعقد الصرف والسلم ولا ينفرد أحدهما بفسخه فلا بد من قبوله

وفرع قاضيخان على كون البراءة لا يصح تعليقها ما لو قال لمديونه إن مت بفتح التاء فأنت بريء من ذلك الدين لا يبرأ وهو مخاطرة بخلاف ما لو قال إن مت بضم التاء فأنت بريء من الدين الذي لي عليك جاز ويكون وصية

ولو قال لمديونه إن لم تقض ما لي عليك حتى تموت فأنت في حل فهو باطل بخلاف أما إذا قال إذا مت فأنت في حل كان وصية قوله (وصح العمرى للمعمر له

". (١)

"""""""" صفحة رقم ٥٩ """""""الزوجين مسلما أو كافرا لشمول المعنى ، ولو وهبها ثم أبانها لم يرجع ؛ ولو وهبأجنبية ثم تزوجها له الرجوع ، والمعتبر المقصود وقت العقد ؛ وإن وهب لأخيه وهو عبدله الرجوع

---

(١) البحر الرائق، ٧/٢٩٦

؛ وكذلك إن وهب لعبد أخيه عند أبي حنيفة ، وقالا : لا رجوع له لأن الملكوقع للمولى فكان هبة للأخ ، وله أن الهبة وقعت للعبد حتى اعتبر قبله ورده والملك يقعله ، ثم ينتقل إلى مولاه عند الفراغ من حاجته حتى لو كان مديونا لا ينتقل إلى مولاه ولاصلة بينه وبين العبد .قال : (ولو قال الموهوب له : خذ هذا بدلا عن هبتك أو عوضها أو مقابلها أو عوضهأجنبي متبرعا فقبضه سقط الرجوع) لأن هذه الألفاظ في معنى المعاوضة ، وكذلك لو قال :خذ هذا مكان هبتك ، أو ثوابا منها ، أو كافأتك به ، أو جازيتك عليه ، أو أثبتك ، أو نحلتكهذا على هبتك ، أو تصدقت به عليك بدلا عن هبتك فهذا كله عوض وحكمه حكم الهبة ،يصح بما تصح به الهبة ، ويبطل بما تبطل به ، ويتوقف الملك فيه على القبض ولا يكون فيمعنى المعاوضة أصلا ؛ وإن لم يضف العوض إلى الهبة بأن أعطاه شيئا ولم يقل عوضا عنهبتك لا يكون عوضا ولكل واحد منهما الرجوع ، فإن عوضه عن جميع الهبة بطل الرجوعفي الجميع قل العوض أو كثر ، وإن عوضه عن نصفها فله الرجوع فيما بقي لأن المانعالتعويض فيقتدر بقدره .قال : (ولو استحق نصف الهبة رجع) بنصف العوض لأنه ما عوضه بهذا العوض إلاليسلم له جميع الموهوب ولم يسلم إلا نصفه فيرجع بنصف ما عوضه (وإن استحق بعضالعوض لا يرجع بشيء منه) وقال زفر : يرجع بحصته من الموهوب اعتبارا بالعوض الآخر .ولنا أنه لما استحق بعضه ظهر أنه ما عوضه إلا بالباقي وهو يصلح عوضا عن الكل ، فلايرجع إلا أن يرد الباقي ثم يرجع ، لأنه ما أسقط حقه في الرجوع بقبول العوض إلا ليسلم لهجميع العوض ولم يسلم فله رده ، وإذا رده بطل التعويض فعاد حق الرجوع . قال : (وإناستحق جميع العوض رجع الهبة) لما بينا .قال : (**والهبة بشرط** العوض يراعى فيها حكم الهبة قبل القبض) فلا يصح في المشاع(و) حكم (البيع بعده) رعاية للفظ والمعنى . وصورته : أن يهبه عبدا على أن يعوضه عنهثوبا ، فلكل واحد منهما الامتناع ما لم يتقابضا كما في الهبة ، فإذا تقابضا صار بمنزلة البيعيردان بالعيب وتجب الشفعة ، وإن استحق ما في يد أحدهما رجع بعوضه إن كان قائما ،وبقيمته إن كان هالكا .." [1]

"وينعقد السلم بلفظ البيع كعكسه .ولو قال لعبده بعت نفسك منك بألف كان إعتاقا على مال نظرا للمعنى ولو شرط رب المال للمضارب كل الربح كان المال قرضا ولو شرط لرب المال كان بضاعة .ويقع الطلاق بألفاظ العتق ولو صالحه عن ألف على نصفه قالوا إنه إسقاط للباقي فمقتضاه عدم اشتراط القبول كالإبراء وكونه عقد صلح يقتضي القبول ؛ لأن الصلح ركنه الإيجاب والقبول . ولو وهب المشتري المبيع

(١) الاختيار لتعليل المختار، ٥٩/٣

من البائع قبل قبضه فقبل كانت إقالة .وخرجت عن هذا الأصل مسائل : منها : لا تنعقد الهبة بالبيع بلا ثمن ، ولا العارية بالإجارة بلا أجرة ، ولا البيع بلفظ النكاح والتزويج .ولا يقع العتق بألفاظ الطلاق وإن نوى .والطلاق والعتاق تراعى فيهما الألفاظ لا المعنى فقط .فلو قال لعبده : إن أديت إلي كذا في كيس أبيض فأنت حر ، فأداها في كيس أحمر لم يعتق .ولو وكله بطلاق زوجته منجزا فعلقه على كائن لم تطلق .وفي **الهبة بشرط** العوض نظروا إلى جانب اللفظ ابتداء فكانت هبة ابتداء ، وإلى جانب المعنى فكانت بيعا انتهاء ، فتثبت أحكامه من الخيارات ووجوب الشفعة .بيع الآبق لا يجوز إلا لمن يزعم أنه عنده ولولده الصغير ،كما في الخانية .الشراء إذا وجد نفاذا على المباشر نفذ ، فلا يتوقف شراء الفضولي ، ولا شراء الوكيل المخالف ، ولا إجارة المتولي أجيرا للوقف بدرهم ودانق بل ينفذ عليهم والوصي كالمتولي وقيل تقع الإجارة لليتيم ، وتبطل الزيادة كما في القنية إلا في مسألة . الأمير والقاضي إذا استأجر أجيرا بأكثر من أجرة المثل فإن الزيادة باطلة ولا تقع الإجارة له كما في سير الخانية . الذرع وصف في المذروع إلا في الدعوى والشهادة .كذا في دعوى البزازية . المقبوض على سوم الشراء مضمون لا المقبوض على سوم النظر كما في الذخيرة . تكرر الإيجاب مبطل للأول إلا في العتق على مال ،كذا في بيع الذخيرة .العقود تعتمد في صحتها الفائدة فما لم يفد لم يصح ، فلا يصح بيع درهم بدرهم استويا وزنا وصفة." [1]

"(على وجه) مفيد (مخصوص) أي بإيجاب أو تعاط، فخرج التبرع من الجانبين **والهبة بشرط** العوض، وخرج بمفيد ما لا يفيد، فلا يصح بيع درهم بدرهم استويا وزنا وصفة، ومقايضة أحد الشريكين حصة داره بحصة الآخر صيرفية ولا إجارة السكنى بالسكنى أشباه (ويكون بقول أو فعل، أما القول فالايجاب والقبول) وهما ركنه،." [2]

"المستحق (الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لانها عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة (والاعارة كالهبة) هنا لان قبض المستعير كان لنفسه، ولا غرور لعدم العقد، وتمامه في العمادية (وإذا وقعت **الهبة بشرط** العوض المعين فهي هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين ويبطل) العوض (بالشيوع) فيما يقسم (بيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) هذا إذا قال وهبتك على أن تعوضني كذا، أما لو قال وهبتك بكذا فهو بيع ابتداء وانتهاء، وقيد العوض بكونه معينا، لانه لو كان مجهولا بطل اشتراطه

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص/٢٠٨

(٢) الدر المختار، ٥/٧

فيكون هبة ابتداء وانتهاء.فرع: وهب الواقف أرضا شرط استبداله بلا شرط عوض لم يجز، وإن شرط كان كبيع.ذكره الناصحي.وفي المجمع: وأجاز محمد هبة مال طفله بشرط عوض مساو ومنعاه.قلت: فيحتاج على قولهما إلى الفرق بين الوقف ومال الصغير انتهى، والله أعلم.فصل في مسائل متفرقة (وهب أمة إلا حملها وعلى أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو) وهب (دارا على أن يرد عليه شيئا منها) ولو معينا كثلث الدار أو ربعها (أو على أن يعوض في الهبة والصدقة شيئا عنها صحت) الهبة (وبطل الاستثناء) في الصورة الاولى (و) بطل (الشرط) في الصورة الباقية لانه بعض أو مجهول، والهبة لا تبطل بالشروط." [١]

"ملكك.حاوي الزاهدي.وفيه: شرى دارا إلى الحصاد فليس للشفيع أن يعجل الثمن ويأخذها بالشفعة لانه ملكها ببيع فاسد اه.قلت: وسيجئ أنه لا شفعة فيما بيع فاسدا ولو بعد القبض لاحتمال الفسخ.نعم إذا سقط الفسخ ببناء ونحوه وجبت.وفي المبسوط: **الهبة بشرط** العوض أنما تثبت الملك للموهوب له إذا قبض الكل، فلو وهب دارا على عوض ألف درهم فقبض أحد العوضين دون الآخر ثم سلم الشفيع الشفعة فهو باطل، حتى إذا قبض العوض الآخر كان له أن يأخذ الدار بالشفعة.باب ما تثبت هي فيه أو لا تثبت (لا تثبت قصدا إلا في عقار مالك بعوض) خرج الهبة (هو مال) خرج المهر (وإن لم) يكن (يقسم) خلافا للشافعي (كرحى) أي بيت الرحى مع الرحى.نهاية (وحمام وبئر) ونهر (وبيت صغير) لا يمكن قسمه (لا في عرض) بالسكون ما ليس بعقار فيكون ما بعده من عطف الخاص على العام (وفلك) خلافا لمالك (وبناء ونخل) إذا (بيعا قصدا) ولو مع حق القرار، خلافا لما." [٢]

"المستحق (الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لانها عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة (والاعارة كالهبة) هنا لان قبض المستعير كان لنفسه، ولا غرور لعدم العقد، وتمامه في العمادية (وإذا وقعت **الهبة بشرط** العوض المعين فهي هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين ويبطل) العوض (بالشيوع) فيما يقسم (بيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) هذا إذا قال وهبتك على أن تعوضني كذا، أما لو قال وهبتك بكذا فهو بيع ابتداء وانتهاء، وقيد العوض بكونه معينا، لانه لو كان مجهولا بطل اشتراطه فيكون هبة ابتداء وانتهاء.فرع: وهب الواقف أرضا شرط استبداله بلا شرط عوض لم يجز، وإن شرط كان كبيع.ذكره الناصحي.وفي المجمع: وأجاز محمد هبة مال طفله بشرط عوض مساو ومنعاه.قلت: فيحتاج

---

(١) الدر المختار، ٥/٢٧٦

(٢) الدر المختار، ٥/٥٤٠

على قولهما إلى الفرق بين الوقف ومال الصغير انتهى، والله أعلم.فصل في مسائل متفرقة (وهب أمة إلا حملها وعلى أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو) وهب (دارا على أن يرد عليه شيئا منها) ولو معينا كثلث الدار أو ربعها (أو على أن يعوض في الهبة والصدقة شيئا عنها صحت) الهبة (وبطل الاستثناء) في الصورة الاولى (و) بطل (الشرط) في الصورة الباقية لانه بعض أو مجهول، والهبة لا تبطل بالشروط." [1]

"ملكك.حاوي الزاهدي.وفيه: شرى دارا إلى الحصاد فليس للشفيع أن يعجل الثمن ويأخذها بالشفعة لانه ملكها ببيع فاسد اه.قلت: وسيجئ أنه لا شفعة فيما بيع فاسدا ولو بعد القبض لاحتمال الفسخ.نعم إذا سقط الفسخ ببناء ونحوه وجبت.وفي المبسوط: **الهبة بشرط** العوض أنما تثبت الملك للموهوب له إذا قبض الكل، فلو وهب دارا على عوض ألف درهم فقبض أحد العوضين دون الآخر ثم سلم الشفيع الشفعة فهو باطل، حتى إذا قبض العوض الآخر كان له أن يأخذ الدار بالشفعة.باب ما تثبت هي فيه أو لا تثبت (لا تثبت قصدا إلا في عقار مالك بعوض) خرج الهبة (هو مال) خرج المهر (وإن لم) يكن (يقسم) خلافا للشافعي (كرحى) أي بيت الرحى مع الرحى.نهاية (وحمام وبئر) ونهر (وبيت صغير) لا يمكن قسمه (لا في عرض) بالسكون ما ليس بعقار فيكون ما بعده من عطف الخاص على العام (وفلك) خلافا لمالك (وبناء ونخل) إذا (بيعا قصدا) ولو مع حق القرار، خلافا لما." [2]

"واستحقها مستحق وضمن) المستحق (الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لانها عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة (والاعارة كالهبة) هنا لان قبض المستعير كان لنفسه ولا غرور لعدم العقد، وتمامه في العمادية (وإذا وقعت **الهبة بشرط** العوض المعين فهي هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين ويبطل) العوض (بالشيوع) فيما يقسم (بيع انتهاء،." [3]

"بخلاف القياس لما بينا فيما تقدم أن الشريك بالإعتاق تصرف في نصيب نفسه على وجه الاقتصار عليه لبقاء نصيب الشريك على ملكه ويده بعد الإعتاق إلا أن ولاية التضمين ثبتت شرعا بشريطة نقل ملك المضمون إلى الضمان فإذا هلك لم يبق الملك فلا يتصور نقله فتبقى ولاية التضمين على أصل القياس

---

(١) الدر المختار، ٢٧٦/٦

(٢) الدر المختار، ٥٤٠/٦

(٣) الدر المختار، ٦٣٣/٨

وجه رواية محمد أن ولاية التضمين قد ثبتت بالإعتاق فلا تبطل بموت العبد كما إذا مات العبد المغصوب في يد الغاصب

وأما قوله ملك الشريك بهلاك العبد خرج عن احتمال النقل فنقول الضمان يستند إلى وقت الإعتاق فيستند ملك المضمون إلى ذلك الوقت كما في باب الغصب وهو في ذلك الوقت كان محتملا للنقل فأمكن إيجاب الضمان وإذا ضمن المعتق يرجع المعتق بما ضمنه في تركة العبد إن كان له تركة وإن لم يكن فهو دين عليه لما ذكرنا من أصل أبي حنيفة أن نصيب الشريك يبقى على ملكه وله أن يضمن المعتق إن كان موسرا وإذا ضمنه ملك المعتق نصيبه بالسبب السابق وهو الإعتاق وكان له أن يرجع بذلك في تركة العبد كما كان له أن يأخذ منه لو كان حيا وإن كان معسرا فله أن يرجع في تركة العبد وإن لم يترك شيئا فلا شيء للشريك لأن حقه عليه وهو قد مات مفلسا

هذا إذا مات العبد وأما إذا مات أحد الشريكين فإن مات المعتق فلا يخلو إما أن يكون الإعتاق منه في حال صحته وإما أن يكون في حال مرضه فإن كان في حال صحته يؤخذ نصف قيمة العبد من تركته بلا خلاف وإن كان في حال مرضه لم يضمن شيئا حتى لا يؤخذ من تركته وهذا قول أبي حنيفة

وقال أبو يوسف ومحمد يستوفي الشريك من ماله قيمة نصيبه وهذا مبني على الأصل الذي ذكرنا أن الإعتاق لا يتجزأ عندهما وعنده يتجزأ

ووجه البناء على هذا الأصل أن الإعتاق لما لم يكن متجزئا عندهما كان ضمان العتق ضمان إتلاف وضمان الإتلاف لا يختلف بالصحة والمرض ولما كان متجزئا عنده كان المعتق متصرفا في ملك نفسه على طريق الاقتصار ومثل هذا لا يوجب الضمان في أصول الشرع ولهذا لو كان معسرا لا يجب الضمان ولو كان إعتاقه إتلافا أو إفسادا لنصيب شريكه معنى لوجب الضمان لأن ضمان الإتلاف لا يختلف باليسار والإعسار إلا أنا عرفنا وجوب الضمان بالنص وأنه ورد في حال اليسار المطلق وذاك (((وذلك))) في حالة الصحة لأنها حال خلوص أمواله وفي مرض الموت يتعلق بها حق الورثة حتى لا يصح إقراره للورثة أصلا ولا يصح تبرعه على الأجنبي إلا من الثلث ولا تصح كفالته ولا إعتاقه إلا من الثلث فلم يكن حال المرض حال يسار مطلق ولا ملك مطلق فبقي الأمر فيها على أصل القياس ولأن ضمان العتق ضمان صلة وتبرع لوجوبه من غير صنع من جهة المعتق في نصيب الشريك

ألا ترى أنه لا يجب على المعسر والصلات إذا لم تكن مقبوضة تسقط بالموت كنفقة الأقارب والزكاة وغير ذلك

وإلى هذا أشار محمد لأبي حنيفة أنه لو وجب الضمان على المريض ويؤخذ من تركته يكون هذا من مال الوارث والمعنى فيه أن الشرع جعل الثلث للمريض في حال مرض موته والثلثين للورثة

قال النبي إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم وهكذا نقول في حالة الصحة أنه يجب صلة ثم قد ينقلب معاوضة في حالة البقاء فإنه يثبت به الملك في المضمون في حق الإعتاق والاستسعاء **كالهبة بشرط** العوض أنه ينعقد صلة ثم ينقلب معاوضة وكذا الكفالة تنعقد تبرعا حتى لا تصح إلا ممن هو أهل التبرع ثم تنقلب معاوضة وإنما انقلبت معاوضة لأنه يوجب الملك في رقبة الغير مجازاة لصلته أو تحملا عن العبد لأن الضمان عليه في الحقيقة لحصول النفع له ثم له حق الرجوع في مالية العبد بالسعاية كما في الكفالة أن الكفيل يكون متبرعا في التحمل عن المكفول عنه ثم إذا صح تحمله وملك ما في ذمته بالأداء إلى المكفول له انقلبت معاوضة

ألا ترى أن من قال في حال الصحة ما كان لك على فلان فهو علي ثم كان له على فلان في مرضه فأخذ ذلك من المريض فإنه يعتبر من جميع المال لا من الثلث ويؤخذ من تركته ولو وجد ابتداء الكفالة في المرض يكون المؤدى معتبرا من الثلث فدل على التفرقة بين الفصلين

وإن مات الشريك الذي لم يعتق ثبت الخيار لورثته فإن اجتمعوا على شيء من الإعتاق أو التضمين أو الاستسعاء وغير ذلك فلهم ذلك بلا خلاف لأنهم يخلفون الميت ويقومون مقامه وكان للمورث ذلك قبل موته فكذا لهم وإن انفردوا فأراد بعضهم الإعتاق

". (١)

"فيما ليس ببيع ولا بمعنى البيع حتى لا تجب بالهبة والصدقة والميراث والوصية لأن الأخذ بالشفعة يملك على المأخوذ منه بمثل ما ملك هو فإذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع فإما أن يأخذ بالقيمة وإما أن يأخذ مجانا بلا عوض لا سبيل إلى الأول لأن المأخوذ منه لم يملكه بالقيمة ولا سبيل إلى الثاني

---

(١) بدائع الصنائع، ٩٣/٤

لأن الحد على التبرع ليس بمشروع فامتنع الأخذ أصلا وإن كانت **الهبة بشرط** العوض فإن تقابضا وجبت الشفعة لوجود معنى المعاوضة عند التقابض وإن قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عند أصحابنا الثلاثة

وعند زفر تجب الشفعة بنفس العقد وهذا بناء على أصل وهو أن **الهبة بشرط** العوض عندنا تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وعنده معاوضة ابتداء وانتهاء ودلائل هذا الأصل في كتاب الهبة نذكرها هناك إن شاء الله تعالى

ولو وهب عقارا من غير شرط العوض ثم إن الموهوب له عوضه من ذلك دارا فلا شفعة في الدارين لا في دار الهبة ولا في دار العوض لأن إعطاء دار العوض هبة مبتدأة إلا أنها اختصت بالمنع من الرجوع إلا أن تكون عوضا حقيقة بدليل أنه لو وهب عشرة دراهم فعوضه بخمسة جاز ولو كان عوضا حقيقة لما جاز لأنه يكون ربا دل أن الثاني ليس بعوض عن الأول حقيقة فلم يكن هذا معاوضة بل كان هبة مبتدأة فلم تجب به الشفعة وتجب الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح سواء كان الصلح على الدار عن إقرار أو إنكار أو سكوت لوجود معنى المعاوضة

أما في الصلح عن إقرار فظاهر لأن المدعى ملك المدعي في حق المدعي والمدعى عليه فكانت الدار التي هي بدل الصلح عوضا عن ملك ثابت في حقهما جميعا فيتحقق معنى المعاوضة في هذا الصلح

وأما في الصلح عن إنكار فلأن عند المدعى أنه أخذ الدار عوضا عن ملكه الثابت فكان الصلح معاوضة في حقه وكان للشفيع فيها حق الشفعة وكذا في الصلح عن سكوت المدعى عليه لأن المدعى إن كان محقا في دعواه كان بدل الصلح عوضا عن ملكه حقيقة وإن كان مبطلا كان عوضا عن ملكه في زعمه فيتحقق معنى المعاوضة في زعمه وكذا تجب الشفعة في الدار المصالح عنها عن إقرار لوجود معنى المعاوضة في هذا الصلح من الجانبين جميعا

وأما عن إنكار فلا تجب به الشفعة لأن في زعم المدعى عليه أن الدار المدعاة ملكه وإنما بذل المال لدفع الخصومة الباطلة فلا يتحقق معنى المعاوضة في حقه فلم يكن للشفيع أن يأخذها منه بالشفعة للحال ولكنه يقوم مقام المدعى في إقامة الحجة فإن أقام البينة على صاحب اليد أن الدار كانت للمدعي أو حلف المدعى عليه فنكل فله الشفعة لأنه تبين أن الصلح وقع معاوضة حقيقة وإن لم تقم له الحجة فلا شفعة له

وكذلك لا تجب الشفعة في الدار المصالح عنها عن سكوت لأن المدعي إن كان محقا في دعواه كان الصلح معاوضة فتجب الشفعة وإن كان مبطلا لم يكن معاوضة في حق المدعى عليه فلا تجب الشفعة مع الاحتمال لأن الحكم كما لا يثبت بدون شرطه لا يثبت مع وجود الشك في شرطه لأن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك

ولو كان بدل الصلح منافع فلا شفعة في الدار المصالح عنها سواء كان الصلح عن إنكار أو إقرار لأن بدل الصلح ليس بعين مال فلم يكن هذا الصلح معاوضة عين المال بعين المال وهذا من شرائط ثبوت الشفعة على ما نذكره إن شاء الله تعالى

ولو اصطلحا على أن يأخذ المدعى عليه الدار ويعطيه دارا أخرى فإن كان الصلح عن إنكار تجب في كل واحدة من الدارين الشفعة بقيمة الدار الأخرى لأن الصلح إذا كان عن إنكار كان الصلح على معاوضة دار بدار وإن كان عن إقرار لا يصح الصلح ولا تجب الشفعة في الدارين جميعا لأنهما جميعا ملك المدعي

ولو اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم رد المشتري الدار بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده فأراد الشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة بسبب الرد لم يكن له ذلك لأن الرد بخيار الرؤية والشرط ليس في معنى البيع

ألا ترى أنه يرد من غير رضا البائع بل هو فسخ محض في حق الكل ورفع العقد من الأصل كأنه لم يكن فيعود إليه قديم ملكه فلم يتحقق معنى البيع فلا تجب الشفعة

وكذا لو رد عليه بعيب قبل القبض أو بعده بقضاء القاضي لأن الرد بقضاء القاضي فسخ مطلق وإن كان بغير قضاء القاضي فللشفيع الشفعة لأن الرد بغير قضاء بيع جديد في حق ثالث وكذا الإقالة قبل القبض أو بعده لأنها بيع جديد في حق ثالث ولا تجب الشفعة في القسمة وإن كان فيها معنى المعاوضة لأنها ليست

." (١)

"تفسير البيع وإنما اختلفت العبارة ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التمليك

---

(١) بدائع الصنائع، ١١/٥

ولهما أن الهبة بشرط العوض تقع تبرعا ابتداء ثم تصير بيعا في الانتهاء بدليل أنها تفيد الملك قبل القبض ولو وقعت بيعا من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض لأن البيع يفيد الملك بنفسه دل أنها وقعت تبرعا ابتداء وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بيعا بعد ذلك

وأما ما يرجع إلى الموهوب فأنواع منها أن يكون موجودا وقت الهبة فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد بأن وهب ما يثمر نخلة العام وما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك بخلاف الوصية

والفرق أن الهبة تمليك للحال وتمليك المعدوم محال والوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت والإضافة لا تمنع جوازها

وكذلك لو وهب ما في بطن هذه الجارية أو ما في بطن هذه الشاة أو ما في ضرعها لا يجوز وإن سلطه على القبض عند الولادة والحلب لأنه لا وجه لتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم لأن انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون لداء في البطن وغيره وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن وقد يكون بغيره فكان له خطر الوجود والعدم ولا سبيل لتصحيحه بالإضافة إلى ما بعد زمان الحدوث لأن التمليك بالهبة مما لا يحتمل الإضافة إلى الوقت فبطل ولهذا لايجوز بيعه بخلاف ما إذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض أنه يصح استحسانا لأنه أمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجودا مملوكا للحال مقدور القبض بطريقه على ما سنذكره إن شاء الله تعالى

وكذلك لو وهب زيدا (((زبدا))) في لبن أو دهنا في سمسم أو دقيقا في حنطة لا يجوز وإن سلطه على قبضه عند حدوثه لأنه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد للحال فلم ينعقد ولا سبيل إلى الإضافة إلى وقت الحدوث فبطل أصلا بخلاف ما إذا وهب صوفا على ظهر الغنم وجزه وسلمه أنه يجوز لأن الموهوب موجود مملوك للحال إلا أنه لم ينفذ للحال لمانع وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب فإذا جزه فقد زال المانع لزوال الشغل فينفذ عند وجود القبض كما لو وهب شقصا مشاعا ثم قسمه وسلمه

ومنها أن يكون مالا متقوما فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والإحرام والخنزير وغير ذلك على ما ذكرنا في البيوع ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأم الولد والمدبر المطلق

والمكاتب لكونهم أحرارا من وجه ولهذا لم يجز بيع هؤلاء ولا هبة ما ليس بمتقوم كالخمر ولهذا لم يجز بيعها

ومنها أن يكون مملوكا في نفسه فلا تجوز هبة المباحات لأن الهبة تمليك وتمليك ما ليس بمملوك محال

ومنها أن يكون مملوكا للواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك وإن شئت رددت هذا الشرط إلى الواهب وكل ذلك صحيح لأن المالك والمملوك من الأسماء الإضافية والعلقة التي تدور عليها الإضافة هي الملك فيجوز رد هذا الشرط إلى الموهوب ويجوز رده إلى الواهب في صناعة الترتيب فافهم وسواء كان المملوك عينا أو دينا فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين قياسا واستحسانا

وأما هبة الدين لغير من عليه الدين فجائز أيضا إذا أذن له بالقبض وقبضه استحسانا والقياس أن لا يجوز وإن أذن له بالقبض

وجه القياس أن القبض شرط جواز الهبة وما في الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما إذا وهب لمن عليه لأن الدين في ذمته وذمته في قبضه فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة

وجه الاستحسان أن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض ألا ترى أن المديون يجبر على تسليمه إلا أن قبضه بقبض العين فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة إلا أنه لا بد من الإذن بالقبض صريحا ولا يكتفي فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين لما نذكره في موضعه

ومنها أن يكون محوزا فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدن ونحوها وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده واحتج بظاهر قوله عز وجل ﴿ فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون ﴾ أوجب سبحانه وتعالى نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول إلا أن يوجد الحط من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع والمقسوم فيدل على جواز هبة المشاع في الجملة

وبما روي أن رسول الله أنه لما شدد في الغلول في الغنيمة في بعض الغزوات فقام عليه الصلاة والسلام إلى سنام بعير وأخذ منه

." (١)

"رجع أبو حنيفة في حاجب العبد وفي أذنيه وقال فيه حكومة العدل

وكذا قال محمد استقبح أبو حنيفة رحمه الله أن يضمن في أذن العبد نصف القيمة وهذا دليل الرجوع أيضا

والحاصل أن الواجب فيما يقصد به المنفعة هو القيمة رواية واحدة عنه وفيما يقصد به الزينة والجمال عنه روايتان

وقال محمد الواجب في ذلك كله النقصان يقوم العبد مجنيا عليه ويقوم وليس به الجناية فيغرم الجاني ما بين القيمتين وهو قول أبي يوسف الآخر وقوله الأول مع أبي حنيفة

وجه قول محمد أن ما دون النفس من العبد له حكم المال لأنه خلق لمصلحة النفس كالمال وبدليل أنه لا يجب فيه القصاص ولا تتحمله العاقلة فكان ضمانه ضمان الأموال وضمان الأموال غير مقدر بل يجب بقدر نقصان المال كما في سائر الأموال

وجه رواية الجمع لأبي حنيفة رضي الله عنه أن القيمة في العبد كالدية في الحر فلما جاز تقدير ضمان جناية الحر بديته جاز تقدير ضمان جناية العبد بقيمته ولأن التقدير قد دخل على الجناية عليه في النفس حتى لا يبلغ الدية إذا كان كثير القيمة فجاز أن يدخل في ضمان الجناية فيما دون النفس كالحر

ووجه رواية الفرق له أن الجمال ليس بمقصود في العبيد بل المقصود منهم الخدمة فأما المنفعة فمقصودة من الأحرار والعبيد جميعا ولأن ما دون النفس من العبيد له شبه النفس وشبه المال

أما شبه النفس فظاهر لأنه من أجزاء النفس حقيقة

وأما شبه المال فإنه لا يجب فيه القصاص ولا تتحمله العاقلة فيجب العمل بالشبهين فيعمل بشبه النفس فيما يقصد به المنفعة بتقدير ضمانه بالقيمة كما لو جنى على النفس ويعمل بشبه المال فيما يقصد به الجمال فلم يقدر ضمانه بالقيمة كما إذا أتلف المال عملا بالشبهين بقدر الإمكان

وقد خرج الجواب عما ذكر محمد من عدم وجوب القصاص وتحمل العاقلة لأن ذلك عمل بشبه المال وإنه لا ينفي العمل بشبهة (((بشبه))) النفس فيجب العمل بهما جميعا وذلك فيما قلنا

---

(١) بدائع الصنائع، ١١٩/٦

ثم الحر إذا فقأ عيني عبد إنسان أو قطع يديه أو رجليه حتى وجب عليه كمال القيمة فمولاه بالخيار إن شاء سلمه إلى الفاقىء (((الفاقئ))) وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه ولا شيء له

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يمسكه ويأخذ ما نقصه

وقال الشافعي رحمه الله له أن يمسكه ويأخذ جميع القيمة

وجه قوله أن الواجب فيه وهو القيمة ضمان العضوين الفائتين لا غير فيبقى الباقى على ملكه كما لو فقأ إحدى عينيه أو قطع إحدى يديه أنه يضمن نصف قيمته ويبقى الباقي على ملك مالكه كذا هذا

وجه قولهما أن الضمان بمقابلة العينين كما قال الشافعي عليه الرحمة لكن الرقبة هلكت من وجه لفوات منفعة الجنس فيخير المولى إن شاء مال إلى جهة الهلاك وضمنه القيمة وسلم العبد إلى الفاقىء (((الفاقئ))) لوصول عوض الرقبة إليه وإن شاء مال إلى جهة القيام وأمسكه وضمن النقصان وهو بدل العينين كما يخير صاحب المال عند النقصان الفاحش في المواضع كلها

ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه لما وصل إلى المولى بدل النفس فلو بقى العبد على ملكه لاجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد فيما يصح تمليكه بعقود المعاوضات وهذا لا يجوز كما لا يجوز اجتماع المبيع والثمن في ملك رجل واحد ولا يلزم ما إذا غصب مدبرا فأبق من يده أن المولى يضمنه قيمته والمدبر على ملكه لأنه لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة ولا تلزم **الهبة بشرط** العوض إذا سلم الهبة ولم يقبض العوض أنه اجتمع على ملك الموهوب له العوض والمعوض لأن العوض قبل القبض لا يكون عوضا فلم يجتمع العوض والمعوض ولا يلزم البيع الفاسد إذا قبض المشتري المبيع ولم يسلم الثمن لأن الثمن ليس ببدل في البيع الفاسد

إنما البدل القيمة وقد ملكها البائع حين ملك المشتري المبيع فلم يجتمع البدل والمبدل في ملكه ولا يلزم ما إذا اشترى عبدا بجارية على أنه بالخيار فقبض العبد فأعتقهما جميعا أنه ينفذ إعتاقه فيهما جميعا وقد اجتمع العوض والمعوض على ملكه لأنه لما عتقهما فسد البيع في الجارية وصار العوض عن العبد القيمة وملكها البائع في مقابلة ملك العبد فلم يجتمع العوض والمعوض ولا يلزم ما إذا استأجر شيئا وعجل الأجرة أن المؤاجر يملكها والمنافع على ملكه

فقد اجتمع البدل والمبدل في ملك واحد لأن المنافع لا تملك عندنا إلا بعد وجودها

وكلما وجد جزء منها حدث على ملك المستأجر فلم يجتمع العوض والمعوض على ملك المؤاجر ولا يلزم ما إذا غصب عبدا فجنى عنده جناية ثم رده على مولاه فجنى عنده

". (١)

"

وترد الهدية في كل فرقة اختيارية مسقطة للمهر كفسخ لعيب ونحوه قبل الدخول لدلالة الحال على أنه وهب بشرط بقاء العقد فإذا زال ملك الرجوع **كالهبة بشرط** الثواب

وتثبت كلها أي الهدية

مع مقرر له أي المهر كوطء وخلوة أو لنصفه كطلاق ونحوه لأنه المفوت على نفسه فصل ولمن زوجت بلا مهر وهي المفوضة والتفويض الإهمال كأن المهر أهمل حيث لم يسم قال الشاعر ٪ لا تصلح الناس فوضى لا سراة لهم ٪

أي مهملين مهر مثلها والعقد صحيح في قول عامة أهل العلم قاله في الشرح لقوله تعالى ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ﴾ وعن ابن مسعود أنه سئل عن امرأة تزوجها رجل ولم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها حتى مات فقال ابن مسعود لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الاشجعي فقال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق امرأة منا مثل ما قضيت رواه أبو داود والترمذي وصححه وعن عقبة بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل أترضى أن أزوجك فلانة قال نعم وقال للمرأة أترضين أن أزوجك فلانا قالت نعم فزوج أحدهما صاحبه فدخل بها الرجل ولم يفرض لها صداقا ولم يعطها شيئا فلما حضرته الوفاة قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجني فلانة ولم أفرض لها صداقا ولم أعطها شيئا فأشهدكم أني قد أعطيتها من صداقها

". (٢)

---

(١) بدائع الصنائع، ٣١٣/٧

(٢) منار السبيل، ١٨١/٢

"يصر مستعملا، إنما المستعمل ما ينفصل عن العضو بعد المسح قياسا على الماء.شرح المنية، ونحوه ما قدمناه عن النهر، وهو المذكور في الحلية، فافهم.قوله: (ولا يخاف العطش) إذا لو خافه لا يحتاج إلى حيلة لاشتغاله بحاجته الاصلية.والظاهر أن عطش غيره من أهل القافلة كعطشه وإن كان لا يسقيهم منه، إذ لو اضطر أحدهم إليه وجب دفعه له فيما يظهر، ولذا جاز له قتاله كما مر.قوله: (بما يغلبه) أي بشئ يخرجه عن كونه ماء مطلقا كماء ورد أو سكر مثلا.قوله: (أو يهبه) أي ممن يثق بأنه يرده عليه بعد ذلك، فافهم.قوله: (على وجه يمنع الرجوع) كذا ذكره في شرح المنية، لقول قاضيخان: إن قولهم الحيلة أن يهبه من غيره ويسلمه ليس بصحيح عندي، لانه إذا تمكن من الرجوع كيف يجوز له التيمم؟ قال في شرح المنية: وهو الفقه بعينه، والحيلة الصحيحة أن يخلطه الخ.قلت: لكن يدفع هذا قوله: على وجه يمنع الرجوع أي بأن تكون الهبة بشرط العوض.وأيضا فقد أجاب في الفتح بأن الرجوع في الهبة مكروه، وهو مطلوب العدم شرعا، فيجوز أن يعتبر الماء معدوما في حقه لذلك وإن قدر عليه.قال في الحلية، وهو حسن.أقول: على أن الرجوع في الهبة يتوقف على الرضا أو القضاء، لكن قد يقال: إنه ما وهبه إلا ليسترده، والموهوب منه لا يمنعه إذا طلبه الواهب وذلك يمنع التيمم.والجواب: أنه يسترده بهبة أو شراء لا بالرجوع فلا يلزم المكروه، والموهوب منه إذا علم بالحيلة يمتنع من دفعه للوضوء.تأمل.قوله: (وناقضه ناقض الاصل الخ) أي ما جعل التيمم بدلا عنه من وضوء أو غسل.واعلم أن كل ما نقض الغسل مثل المني نقض الوضوء، ويزيد الوضوء بأنه ينتقض بمثل البول، فالتعبير بناقض الوضوء كما في الكنز يشمل ناقض الغسل، فيساوي التعبير بناقض الاصل كما في البحر.واعترضه المصنف في منحه بما حاصله أنه وإن نقض تيمم الوضوء كل ما نقض الغسل، لكن لا ينقض تيمم الغسل كل ما نقض الوضوء، لانه إذا تيمم عن جنابة ثم بال مثلا فهذا ناقض للوضوء لا ينتقض به تيمم الغسل، بل تنتقض طهارة الوضوء التي في ضمنه، فتثبت له أحكام الحدث لا أحكام الجنابة، فقد وجد ناقض الوضوء ولم ينتقض تيمم الجنابة، فظهر أن التعبير بناقض الاصل أولى من ناقض الوضوء لشموله التيمم على الحدثين، فأين المساواة؟ ا ه.لكن في عبارة المصنف في المنح حذف المضاف من بعض المواضع فذكرناه ليزول الاشتباه، فافهم.قوله: (فلو تيمم الخ) تفريع صحيح دل عليه كلام المتن، لان منطوق عبارة المتن أنه لو تيمم عن حدث انتقض بناقض أصله وهو الوضوء وذلك كل ما نقض الوضوء والغسل كما مر، ولو تيمم عن جنابة انتقض بناقض أصله وهو الغسل، ومفهومه أنه لا ينتقض بغير ناقض أصله، ففرع على هذا المفهوم كما هو عادته في مواضع لا تحصى أنه إذا تيمم الجنب

ثم أحدث لا ينتقض تيممه عن الجنابة، لان الحدث را ينقض أصله وهو الغسل، فلا يصير جنبا وإنما يصير محدثا بهذا الحدث العارض، فافهم.قوله: (فيتوضأ الخ) تفريع على التفريع: أي وإذا صار محدثا فيتوضأ حيث وجد ما يكفيه للوضوء فقط ولو مرة مرة، ولكن لو كان لبس الخف بعد ذلك التيمم وقبل الحدث ينزعه ويغسل لان طهارته بالتيمم." (١)

"قضاؤه ط.قوله: (ولو لم يشترط) أي في المنكرة.قوله: (يقضي خمسة وثلاثين) هي رمضان والخمسة المنهية ح: أي لان صومه في الخمسة ناقص فلا يجزيه عن الكامل، وشهر رمضان لا يكون إلا عنه، فيجب القضاء بقدرة.وينبغي أن يصل ذلك بما مضى وإن لم يصل يخرج عن العهدة على الصحيح.بحر.قوله: (في هذه الصورة) أي بخلاف المعنية أو المنكرة المشروط فيها التتباع، لانها لا تخلو عن الايام الخمسة فيكون ناذرا صومها: أما المنكرة بلا شرط تتابع فإنها اسم لايام معدودة، ويمكن فصل المعدودة عن رمضان وعن تلك الايام كما أفاده في السراج.قوله: (تحتمل اليمين) أي مصاحبة للنذر ومنفردة عنه ط.قوله: (بنذره) أي بالصيغة الدالة عليه ط.قوله: (فقط) أي من غير تعرض لليمين نفيا وإثباتا، وهو المراد بقوله دون اليمين بخلاف المسألة التي بعدها فإنه تعرض لنفي اليمين ط.قوله: (عملا بالصيغة) التي في الوجه الاول، وكذا في الثاني والثالث بالاولى لتأكد النذر بالعزيمة ما في الثالث من زيادة نفي غيره.قوله: (عملا بتعيينه) لان قوله: لله علي كذا يدل على الالتزام، وهو صريح في النذر فيحمل عليه بلا نية، وكذا معها بالاولى، لكنه إذا نوى أن لا يكون نذرا كان يمينا من إطلاق اللازم وإرادة الملزوم، لانه يلزم من إيجاب ما ليس بواجب تحريم تركه وتحريم المباح يمين.قوله: (عملا بعموم المجاز) وهو الوجوب وهذا جواب عن قول الثاني: أي أبي يوسف أنه يكون نذرا في الاول يمينا في الثاني، لان النذر في هذا اللفظ حقيقة واليمين مجاز، حتى لا يتوقف الاول على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما، ثم المجاز يتعين بنية وعند نيتهما تترجح الحقيقة.ولهما أنه لا تنافي بين الجهتين: أي جهتي النذر واليمين، لانهما يقتضيان الوجوب، إلا أن النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره: أي لصيانة اسمه تعالى، فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في **الهبة بشرط** العوض، كذا في الهداية، وتمام الكلام على هذا الدليل في الفتح وكتب الاصول.مطلب في صوم الستة من شوال قوله: (وندب الخ) ذكر هذه المسألة بين مسائل النذر غير مناسب وإن تبع فيه صاحب الدرر.قوله: (على المختار) قال صاحب الهداية في كتابه التجنيس: إن صوم

---

(١) حاشية رد المحتار، ١/٢٧٤

الستة بعد الفطر متتابعة، منهممن كرهه، والمختار أنه لا بأس لان الكراهة إنما كانت لانه لا يؤمن من أن يعد ذلك من رمضان فيكون تشبها بالنصارى، والآن زال ذاك المعنى اه.ومثله في كتا ب النوازل لابي الليث والواقعات للحسام الشهيد والمحيط البرهاني والذخيرة، وفي الغاية عن الحسن بن زياد أنه كان لا يرى بصومها." (١)

"قلت: والذي اعتمده ففيه النفس الامام قاضيخان هو القول الاول، فإنه ذكر أنه أن شرط التزوج رجع لانه شرط فاسد، وإلا فإن كان معروفا فقيل يرجع وقيل لا ثم قال: وينبغي أن يرجع لانه إذا علم أنه لو لم تتزوج لا ينفق عليها كان بمنزلة الشرط كالمستقرض إذا أهدى إلى المقرض شيئا لم يكن أهدى إليه قبل الاقراض كان حراما، وكذا القاضي لا يجيب الدعوة الخاصة، ولا يقبل الهدية من رجل لو لم يكن قاضيا لا يهدى إليه، فيكون ذلك بمنزلة الشرط وإن لم يكن مشروطا ا هـ.وأيده في الخيرية في كتاب النفقات وأفتى به حيث سئل فيمن خطب امرأة وأنفق عليها وعلمت أنه ينفق ليتزوجها فتزوجت غيره، فأجاب بأنه يرجع، واستشهد له بكلام قاضيخان المذكور وغيره وقال: إنه ظاهر الوجه فلا ينبغي أن يعدل عنه ا هـ.تنبيه: أفاد ما في الخيرية حيث استشهد على مسألة المخطوبة بعبارة الخانية أن الخلاف الجاري هنا جار في مسألة المخطوبة المارة، وأن ما مر فيها من أن له استرداد، القائم دون الهالك والمستهلك خاص بالهدية دون النفقة والكسوة، إذ لا شك أن المعتدة مخطوبة أيضا، ولا تأثير لكونها معتدة يحرم التصريح بخطبتها، بل التأثير للشرط وعدمه، وكونه شرطا فاسدا، وكون ذلك رشوة كما علمته من تعليل الاقوال.وعلى هذا فما يقع في قرى دمشق من أن الرجل يخطب امرأة ويصير يكسوها ويهدي إليها في الاعياد ويعطيها دراهم للنفقة والمهر إلى أن يكمل لها المهر فيعقد عليها ليلة الزفاف، فإذا أبت أن تتزوجه ينبغي أن يرجع عليها بغير الهدية الهالكة على الاقوال الاربعة المارة، لان ذلك مشروط التزوج كما حققه قاضيخان فيما مر.وبقي ما إذا ماتت، فعلى القول الاول لا كلام في أن له الرجوع، أما على الثالث فهل يلحق بالاباء؟ لم أره.وينبغي الرجوع لان الظاهر أن علة القول الثالث أنه كالهبة المشروطة بالعوض وهوالتزوج كما يفيده ما في حاوي الزاهدي برمز البرهان صاحب المحيط: بعثت الصهرة إلى بيت الختن ثيابا لا رجوع لها بعده ولو قائمة، ثم سئل فقال: لها الرجوع لو قائما.قال الزاهدي: والتوفيق أن البعث الاول قبل الزفاف ثم حصل للزفاق فهو كهبة بشرط العوض وقد حصل فلا ترجع، والثاني بعد الزفاف فترجع ا هـ.وكذا لم أر ما لو مات هو أو

---

(١) حاشية رد المحتار، ٤٧٨/٢

أبى، فليراجع.تتمة: لم يذكر لو أنفق على زوجته ثم تبين فساد النكاح، بأن شهدوا بالرضاع وفرق بينهما.ففي الذخيرة: له الرجوع بما أنفق بفرض القاضي، لانه تبين أنها أخذت بغير حق، ولو أنفق بلا فرض لا يرجع بشئ.قوله: (بشرط أن يتزوجها) الاولى أن يقول: بطمع أن يتزوجها كما عبر في البحر.قوله: (مطلقا) تفسير الاطلاق في الموضعين كما دل عليه كلام المصنف في شرحه شرط التزوج أولم يشرطه، ولذا قلنا: الاولى أن يقول: بطمع أن يتزوجها ليتأتى الاطلاق المذكور وهذا القول هو الثالث قد اعتمده المصنف في متنه وشرحه.وقال في الفيض: وبه يفتى.قوله: (وإن أكلت معه فلا) أي لانه إباحة لا تملك أو لانه مجهول لا يعلم قدره.تأمل.ولينظر وجه عدم الرجوع في الهدية الهالكة أو المستهلكة على ما قلناه من عدم الفرق بين المخطوبة والمعتدة.قوله: (بحر) عن العمادية صوابه منح عن العمادية، فإن ما في المتن عزاه في المنح إلى الفصول العمادية، وهو القول الثالث من الاقوال الاربعة التي قدمناها.وأما ما في البحر فهو القول الاول، والقول." (١)

"يخاصم بعد ذلك وإن لم يتخذ له شئ ا هـ ح.وأشار بقوله يعرف إلى أن المعتبر في الطول والقصر العرف.قوله: (لكن في النهر الخ) ومثله في جامع الفصولين ولسان الحكام عن فتاوى ظهير الدين المرغيناني، وبه أفتى في الحامدية.قلت: وفي البزازية ما يفيد التوفيق حيث قال: تزوجها وأعطاها ثلاثة آلاف دينار الدستيمان وهي بنت موسر ولم يعط لها الاب جهازا، أفتى الامام جمال الدين وصاحب المحيط بأن له مطالبة الجهاز من الاب على قدر العرف والعادة أو طلب الدستيمان.قال: وهذا اختيار الائمة.وقال الامام المرغيناني: الصحيح أنه لا يرجع بشئ، لان المال في النكاح غير مقصود.وكان بعض أئمة خوارزم يعترض بأن الدستيمان هو المهر المؤجل كما ذكره في الكافي وغيره، فهو مقابل بنفس المرأة، حتى ملكت حبس نفسها لاستيفائه، فكيف يملك الزوج طلب الجهاز والشئ لا يقابله عوضان.وأجاب عنه الفقيه ناقلا عن الاستاذ أن الدستيمان إذا أدرج في العقد فهو المعجل الذي ذكرته، وإن لم يدرج فيه ولم يعقد عليه فو **كالهبة بشرط** العوض وذلك ما قلناه، ولهذا قلنا: إنلم يذكره في العقد وزفت إليه بلا جهاز وسكت الزوج أياما لا يتمكن من دعوى الجهاز، لانه لما كان محتملا وسكت زمانا يصلح للاختيار دل أن الغرض لم يكن الجهاز ا هـ ملخصا.وحاصله أن ذلك المعجل لا يلزم كونه هو المهر المعجل دائما كما يوهمه كلام الكافي حتى يرد أنه مقابل لنفسها لا بجهازها بل فيه تفصيل، وهو أنه إن جعل من جملة المهر المعقود

---

(١) حاشية رد المحتار، ١٦٩/٣

عليه فهو المهر المعجل وهو مقابل بنفس المرأة، وإلا فهو مقابل بالجهاز عادة، حتى لو سكت بعد الزفاف ولم يطلب جهازا علم أنه دفعه تبرعا بلا طلب عوض وهو في غاية الحسن، وبه يحصل التوفيق، والله الموفق، لكن الظاهر جريان الخلاف في صورة ما إذا كان معقودا عليه، لانه وإن ذكر على أنه مهر، لكن من المعلوم عادة أن كثرته لاجل كثرة الجهاز، فهو في المعنى بدل له أيضا، ولهذا كان مهر من لا جهاز لها أقل من مهر ذات الجهاز وإن كانت أجمل منها.ويجاب بأنه لما صرح بكونه مهرا وهو ما يكون بدل البضع الذي هو المقصود الاصلي من النكاح دون الجهاز يعتبر المعنى، وسيأتي في باب النفقة إن شاء الله تعالى مزيد بيان لهذه المسألة، وأن هذا غير معروف في زماننا، بل كل أحد يعلم أن الجهاز للمرأة إذا طلقها تأخذه كله، وإذا ماتت يورث عنها، وإنميزيد المهر طبعا في تزيين بيته وبه وعوده إليه ولاولاده إذا ماتت، وهذه المسألة نظير ما لو تزوجها بأكثر من مهر المثل على أنها بكر فإذا هي ثيب، فقد مر الخلاف في لزوم الزيادة وعدمه بناء على الخلاف في هذه المسألة، وقدم أن المرجح اللزوم، فلذا كان المصحح هنا عدم الرجوع بشئ كما مر عن المرغيناني.قوله: (نكح ذمي الخ) لما فرغ من مهور المسلمين ذكر مهور الكفار، ويأتي بيان أنكحتهم، وقوله: أو مستأمن يشير إلى أنه لو عبر المصنف بالكافر لكان أولى، لان المستأمن كالذمي هنا.نهر عن العناية.قوله: (ثمة) أي في دار الحرب.قوله: (بميتة) المراد بها كل ما ليس بمال كالدم.بحر.قوله: (وذا جائز عندهم) بأن كان." (١)

"لا يحنث إلا بالمباشرة لعدم ولايته عليهما، فهو كالاجنبي عنهما فيتعلق بحقيقة الفعل ا ه.ومثله في الزيلعي والبحر في آخر الباب الآتي بلا حكاية خلاف، فقول القهستاني: وعن محمد لا يحنث في الكل روايضعيفة.قوله: (كتعليق) يصلح مثالا للقبل والبعد، وعبارة الزيلعي: وإنما يحنث بالطلاق والعتاق إذا وقعا بكلام وجد بعد اليمين، وأما إذا وقعا بكلام وجد قبل اليمين، فلا يحنث حتى لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم حلف أن لا يطلق فدخلت لم يحنث، لان وقوع الطلاق عليها بأمر كان قبل اليمين، ولو حلف أن لا يطلق ثم علق الطلاق بالشرط ثم وجد الشرط حنث، ولو وقع الطلاق عليها بمضي مدة الايلاء، فإن كان الايلاء قبل اليمين لا يحنث، وإلا حنث، وتمامهفيه.قوله: (والخلع) هو الطلاق وقد مر.نهر قوله: (والكتابة) هو الصحيح، وفي المجتبى عن النظم أنها كالبيع.نهر.قوله: (والصلح عن دم العمد) لانه كالنكاح في كونه مبادلة مال بغيره، وفي حكمه الصلح عن إنكار.قهستاني.وفي حاشية أبي السعود:

---

(١) حاشية رد المحتار، ١٧٣/٣

واحترز عن الصلح عن دم غير عمد، لانه صلح عن مال فلا يحنث فيه بفعل الوكيل، أما عن دم العمد فهو في المعنى عفو عن القصاص بالمال، ولا تجري النيابة في العفو، بخلاف الصلح عن المال.حموي عن البرجندي.قوله: (أو إنكار) لان الصلح عنه فداء باليمين في حق المدعى عليه فوكيله سفير محض ومثله السكوت، وأما المدعي لا يحنث بالتوكيل مطلقا كما مر، وشمل الانكار إنكار المال وإنكار الدم العمد وغيره.قوله: (والهبة) فلو حلف لا يهب مطلقا أو معينا أو شخصا بعينه فوكل من وهب حنث صحيحة كانت الهبة أو لا، قبل الموهوب له أو لا، قبض أو لم يقبض، لانه لم يلزم نفسه إلا بما يملكه، ولا يملك أكثر من ذلك.وفي المحيط: حلف لا يهب عبده هذا لفلان ثم وهبه له على عوض حنث لانه هبة صيغة ولفظا ا هـ نهر.وفي التاترخانية: إن وهب لي فلان عبده فامرأته طالق فوهب ولم يقبل الحالف حنث الحالف.قوله: (أو بعوض) يعني إذا وهب بنفسه لا بوكيله أيضا لما قدمه من أنه لا يحنث بفعل وكيله في **الهبة بشرط** العوض، وسبب وهم الشارح قوله البحر: **فالهبة بشرط** العوض داخلة تحت يمين لا يهب نظرا إلى أنها هبة ابتداء فيحنث، وداخلة تحت يمين لا يبيع نظرا إلى أنها بيع انتهاء فيحنث اه.وأنت خبير بأن كلامه فيما إذا فعل بنفسه وإلا لما صح قوله يحنث في الموضعين.أفاده ح: أي لانه في البيع لا يحنث بفعل وكيله.قوله: (والصدقة) هي كالهبة فيما مر.قال ابن وهبان: وكذا ينبغي أن يحنث في حلفه أن لا يقبل صدقة فوكل بقبضها.بقي لو حلف لا يتصدق فوهب لفقير أو لا يهب فتصدق على غني قال ابن وهبان: ينبغي الحنث في الاول، لان العبرة للمعاني لا في الثاني، لانه لا يثبت له الرجوع استحسانا، إذ قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب، ويحتمل العكس فيهما اعتبارا باللفظ ا هـ ملخصا.وأيد ابن الشحنة الاحتمال الاخير بما في التاترخانية عن الظهيرية، ولا يحنث بالصدقة في يمين الهبة ا هـ.قلت: لكن هذا ليس نصا فيما نحن فيه لاحتمال أن المراد الهبة لغني.تأمل هذا، ونقل فيالنهر كلام ابن وهبان باختصار مخل.قوله: (والاستقراض) أي إن أخرج الوكيل الكلام مخرج الرسالة، وإلا فلا حنث كما مر.قوله: (وإن لم يقبل) راجع للهبة وما بعدها كما في النهر ح، وكذا العطية والعارية.نهر.." (١)

"إلا أن يجاب بأن المراد بالمرغوب فيه المال كما قررناه أو لا، والمنفعة غير مال كما مر، أو يقال: إن المبادلة هي التمليك كما في النهر عن الدراية: أي التمليك المطلق، والمنفعة في الاجارة والنكاح مملوكة ملكا مقيدا، فافهم قوله: (على وجه مفيد) هذا التقييد غير مفيد، إذ غايته أنه أخرج ما لا يفيد كبيع درهم

---

(١) حاشية رد المحتار، ١٢٦/٤

بدرهم اتحد وزنا وصفة وهو فاسد، وقد علمت شمول التعريف لجميع أنواع الفاسد، فلا فائدة في إخراج نوع منه كما قلناه في بيع المكره، نعم لو كان بيع الدرهم بالدرهم باطلا فهو تقييد مفيد، ولكن بطلانه بعيد لوجود المبادلة بالمال، فتأمل.قوله: (أي بإيجاب أو تعاط) بيان للوجه المخصوص، وأراد الايجاب ما يكون بالقول بدليل المقابلة فيشمل القبول، وإلا لم يخرج التبرع من الجانبين على ما قاله ط، فتأمل.قوله: (فخرج التبرع من الجانبين الخ) قال المصنف في المنح: ولما كان هذا يشمل مبادلة رجلين بمالهما بطريق التبرع أو **الهبة بشرط** العوض فإنه ليس ببيع ابتداء وإن كان في حكمه بقاء، أراد إخراج ذلك فقال: على وجه مخصوص ا هـ.قلت: وهذا صريح في دخولهما تحت المبادلة على خلاف ما في النهر ووجهه أنه لو تبرع لرجل بشئ ثم الرجل عوض عليه بشئ آخر بلا شرط فهو تبرع من الجانبين مع المبادلة لكن من جانب الثاني، وهذا يوجد كثيرا بين الزوجين يبعث إليها متاعا وتبعث له أيضا وهو في الحقيقة هبة، حتى لو ادعى الزوج العارية رجع، ولها أيضا الرجوع لانها قصدت التعويض عن هبة، فلما لم توجدالهبة بدعوى العارية لم يوجد التعويض عنها فلها الرجوع كما سيأتي في الهبة، وكذا لو وهبه شيئا على أن يعوضه عنه شيئا معيبا فهو هبة ابتداء مع وجود المبادلة المشروطة، فافهم.قوله: استويا وزنا) أما إذا لم يستويا فيه فالبيع فاسد لربا الفضل لا لعدم الفائدة، وقوله: وصفة خرج ما اختلفا فيها مع اتحاد الوزن ككون أحدهما كبيرا والآخر صغيرا أو أحدهما أسود والآخر أبيض.قلت: والمسألة مذكورة في الفصل السادس من الذخيرة: باع درهما كبيرا بدرهم صغير أو درهما جيدا بدرهم ردئ، جاز لان لهما فيه غرضا صحيحا، أما إذا كانا مستويين في القدر والصفة اختلفوا فيه.قال بعض المشايخ: لا يجوز، وإليه أشار محمد في الكتاب، وبه كان يفتي الحاكم الامام أبو أحمد ا هـ.قوله: (ولا مقايضة أحد الشريكين) أي المستويين: والمتبادر من التعبير بالشريكين أن الدار مشاعة بينهما، أما لو كانت حصة كل منهما مفروزة عن الاخرى فالظاهر جواز المقايضة، لانه قد يكون رغبة كل منهما فيما في يد الآخر فهو بيع مفيد، بخلاف المشاعة، فافهم.قوله: (ولا إجارة السكنى بالسكنى) لان المنفعة معدومة فيكون بيع الجنس نسيئة وهو لا يجوز.ط عن حاشية الاشباه.قوله: (ويكون) أي البيع منح، والاظهر إرجاع الضمير إلى قوله على وجه مخصوص، فهو بيان له وإلا كان تكرارا.تأمل.قوله: (وهما ركنه) ظاهره أن الضمير للايجاب والقبول، ويحتمل إرجاعه للقول والفعل كما يفيده قول البحر.وفي البدائع: ركنه المبادلة المذكورة، وهو معنى ما في الفتح من أن ركنه الايجاب والقبول الدالان على التبادل

أو ما يقوم مقامهما من التعاطي، فركنه الفعل الدال على الرضا بتبادل الملكين من قول أو فعل ا هـ.وأراد." (١)

"نية البيع لما علمت من أن البيع لا ينعقد بالنية، فيكون شبيه القرض المضمون بمثله أو بقيمته، فإذا توافقا على شئ بدل المثل أو القيمة برئت ذمة الآخذ، لكن يبقى الاشكال في جواز التصرف فيه إذا كان قيميا، فإن قرض القيمي لا يصح فيكون تصحيحه هنا استحسانا كقرض الخبز والخميرةويمكن تخريجه على الهبة بشرط العوض، أو على المقبوض على سوم الشراء.ثم رأيته في الاشباه في القول في ثمن المثل حيث قال: ومنها لو أخذ من الارز والعدس وما أشبهه، وقد كان دفع إليه دينارا مثلا لينفق عليه، ثم اختصما بعد ذلك في قيمته هل تعتبر قيمته يوم الاخذ أو يوم الخصومة؟ قال في التتمة: تعتبر يوم الاخذ، قيل له: لو لم يكن دفع إليه شيئا بل كان يأخذ منه على أن يدفع إليه ثمن ما يجتمع عنده.قال: يعتبر وقت الاخذ لانه سوم حين ذكر الثمن ا هـ.قوله: (بيع البراءات) جمع براءة، وهي الاوراق التي يكتبها كتا ب الديوان على العاملين على البلاد بحظ كعطاء أو على الاكارين بقدر ما عليهم، وسميت براءة لانه يبرأ بدفع ما فيها ط.قوله: (بخلاف بيع حظوظ الائمة) بالحاء المهملة والظاء المشالة جمع حظ، بمعنى: النصيب المرتب له من الوقف: أي فإنه يجوز بيعه، وهذا مخالف لما في الصيرفية فإن مؤلفها سئل عن بيع الحظ فأجاب: لا يجوز.ط عن حاشية الاشباه.قلت: وعبارة الصيرفية هكذا: سئل عن بيع الخط قال: لا يجوز، لانه لا يخلو إما إن باع ما فيه أو عين الخط.لا وجه للاول لانه بيع ما ليس عنده، ولا وجه للثاني لان هذا القدر من الكاغد ليس متقوما، بخلاف البراءة، لان هذه الكاغدة متقومة ا هـ.قلت: ومقتضاه أن الخط بالخاء المعجمة والطاء المهملة، وهذا لا يخالف ما ذكره الشارح، لان المراد بحظوظ الائمة ما كان قائما في يد المتولي من نحو خبز أو حنطة قد استحقه الامام وكلام الصيرفية فيما ليس بموجود.قوله: (ثمة) أي هناك: أي في مسألة بيع حظوظ الائمة، وأشار إليها بالبعيد لان الكلام كان في بيع البراءات، ولذا أشار إليها بلفظ هنا.قوله: (من المشرف) أي المباشر الذي يتولى قبض الخبز.قوله: (بخلاف الجندي) أي إذا باع الشعير المعين لعلف دابته من حاشية السيد أبي السعود.مطلب في بيع الاستجرار قوله: (وتعقبه في النهر) أي تعقب ما ذكر من مسألة بيع الاستجرار وما بعده، حيث قال: أقول الظاهر أن ما في القنية ضعيف، لاتفاق كلمتهم على أن بيع المعدوم لا يصح، وكذا غيرالمملوك، وما المانع من أن يكون المأخوذ

---

(١) حاشية رد المحتار، ٧/٥

من العدس ونحوه بيعا بالتعاطي، ولا يحتاج في مثله إلى بيان الثمن لانه معلوم كما سيأتي.وحظ الامام لا يملك قبل القبض، فأنى يصح بيعه، وكن على ذكر مما قاله ابن وهبان في كتاب الشرب ما في القنية: إذا كان مخالفا للقواعد لا التفات إليه ما لم يعضده نقل من غيره ا هـ.وقدمنا الكلام على بيع الاستجرار.وأما بيع حظ الامام فالوجه ما ذكره من عدم صحة بيعه.ولا ينافي ذلك أنه لو مات يورث عنه لانه أجرة استحقها، ولا يلزم من الاستحقاق الملك، كما قالوا في الغنيمة بعد إحرازها بدار الاسلام: فإنها حق تأكد بالاحراز، ولا." (١)

"ناحية منه.فتح وبحر.وجزم به في النهر.قوله: (وفيها قبله) أي في البزازية قبل ما ذكر.قوله: (بعد الايفاء) قيد به لانه لو شرط الايفاء فقط أو الحمل فقط أو الايفاء بعد الحمل جاز، ولو شرط الايفاء بعد الايفاء كشرط أن يوفيه في محلة كذا ثم يوفيه في منزله لم يجز على قول العامة كما في البحر.قوله: (الاجازة) أي التي تضمنها شرط الحمل بعد الايفاء والتجارة: أي الشراء المقصود بالعقد، وهذا بدل من الصفقتين بدل مفصل من مجمل.قوله: (وما لا حمل له الخ) هو الذي لا يحتاج في حمله إلى ظهر وأجرة حمال، وقيل هو الذي لو أمر إنسانا بحمله إلى مجلس القضاء حمله مجانا، وقيل ما يمكن رفعه بيد واحدة ا هـ ح عن النهر.قوله: (كمسك وكافور) يعني القليل منه، وإلا فقد يسلم في أمنان من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالا.فتح.وأراد بالقليل ما لا يحتاج إلى ظهر وأجرة حمال، فافهم.قوله: (وصحح ابن كمال مكان العقد) نقل تصحيحه عن المحيط السرخسي، وكذا نقله عنه في البحر وجزم به في الفتح، لكن المتون على الاول، وصححه في الهداية والملتقى.قوله: (فيما ذكر) أي فيما لا حمل له ولا مؤنة.قوله: (لانه يفيد سقوط خطر الطريق) هذا التعليل مذكور في الفتح أيضا تبعا للهداية ومعناه: أنه إذا تعين المكان وأوفاه في مكان آخر يلزم المسلم إليه نقله إلى المكان المعين، فإذا هلك في الطريق يهلك عليه، فيكون رب السلم قد سقط عنهه خطر الطريق بذلك، بخلاف ما إذا لم يتعين فإنه إذا نقل بعد الايفاء إلى المكان المعين يكون هلاكه على رب السلم.قوله: (وبقي من الشروط) إنما غاير التعبير، لان هذه الشروط الآتية ليست مما يشترط ذكرها في العقد بل وجودها ط.قوله: (قبض رأس المال) فلو انتقض بطل السلم كما لو كان عينا فوجده معيبا أو مستحقا ولم يرض بالعيب أو لم يجز المستحق أو دينا فاستحق ولم يجزه واستبدل بعد المجلس، فلو قبله صح، أو وجده زيوفا أونبهرجة وردها بعد الافتراق سواء استبدلها في مجلس الرد أو لا، فلو قبله

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥/٢١

واستبدلها في المجلس أو رضي بها ولو بعد الافتراق صح، والكثير كالكل، وفي تحديده روايتان: ما زاد على الثلث، أو ما زاد على النصف، وإن وجده ستوقة أو رصاصا فإن استبدلها في المجلس صح، وإن بعد الافتراق بطل، وإن رضي بها لانها غير جنس حقه.بحر ملخصا.قوله: (ولو عينا) هو جواب الاستحسان.وفي الواقعات: باع عبدا بثوب موصوف إلى أجل جاز لوجود شرط السلم، فلو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل، لانه صير سلما في حق الثوب بيعا في حق العبد، ويجوز أن يعتبر في عقد واحد حكم عقدين **كالهبة** **بشرط** العوض، وكما في قول المولى إن أديت إلي ألفا فأنت حر ا ه نهر.قلت: والظاهر أن هذا مفرع على جواب القياس.تأمل.قوله: (وصحت الكفالة والحوالة الخ) أي فله مطالبة الكفيل والمحتال عليه، فإن قبض المسلم إليه رأس المال من المحتال عليه أو الكفيل أو رب السلم في مجلس العاقدين صح، وبعده بطل السلم والحوالة والكفالة، وفي الرهن: إن هلك." (١)

"لا يفسد بالشرط الفاسد: أي ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وذلك فضل خال عن العوض فيكون ربا، والربا لا يكون في المعاوضات الغير المالية ولا في التبرعات.قوله: (وزدت ثمانية) هي الابراء عن دمالعمد، والصلح عن جناية غصب، ووديعة، وعارية إذا ضمنها الخ، والنسب والحجر على المأذون والغصب وأمان القن.ط.قلت: وقدمنا أن كل ما جاز تعليقه لا يفسد بالشرط الفاسد، وسيأتي أيضا.قوله: (القرض) كأقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمني سنة.وفي البزازية: وتعليق القرض حرام والشرط لا يلزم.والذي في الخلاصة عن كفالة الاصل: والقرض بالشرط حرام ا ه.نهر: أي فالمراد بالتعليق الشرط.وفي صرف البزازية: أقرضه على أن يوفيه بالعراق فسد ا ه: أي فسد الشرط وإلا خالف ما هنا.تأمل.قوله: (والهبة والصدقة) كوهبتك هذه المائة أو تصدقت عليك بها على أن تخدمني سنة.نهر.فتصح ويبطل الشرط لانه فاسد.وفي جامع الفصولين: ويصح **تعليق الهبة بشرط** ملائم كوهبتك على أن تعوضني كذا، ولو مخالفا تصح الهبة لا الشرط ا ه.وفي حاشيته للخير الرملي.أقول: يؤخذ منه جواب واقعة الفتوى: وهب لزوجته بقرة على أنه إن جاءه أولاد منها تهب البقرة لهم وهو صحة الهبة وبطلان الشرط ا ه.وسيذكر الشارح أن الهبة يصح تعليقها بالشرط، ويأتي الكلام عليه.قوله: (والنكاح) كتزوجتك على أن لا يكون لك مهر فيصح النكاح ويبطل الشرط ويجب مهر المثل، ومن هذا القبيل ما في الخانية: تزوجتك على أني بالخيار يجوز النكاح، ولا يصح الخيار لانه ما علق النكاح بالشرط بل باشر النكاح وشرط الخيار ا ه.وليس منه: إن أجاز أبي

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥/٣٤٥

أو رضي، لانه تعليق والنكاح لا يحتمله فلا يصح كما في الخانية، وكلام النهر هنا غير محرر، فتدبر.وفي الظهيرية: لو كان الاب حاضرا فقبل في المجلس جاز.قال في النهر: وهو مشكل.والحق ما في الخانية ا هـ.قلت: ما في الظهيرية ذكره في الخانية أيضا عن أمالي أبي يوسف وقال: إنه استحسان.قوله: (والطلاق) كطلقتك عن أن لا تتزوجي غيري.بحر.والظاهر أنه إذا قال إن لم تتزوجي غيري فكذلك، ويأتي بيانه قريبا.قوله: (والخلع) كخالعتك على أن لي الخيار مدة يراها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال.وأما اشتراط الخيار لها فصحيح عند الامام كما مضى.بحر.قوله: (والعتق) بأن قال أعتقتك على أني بالخيار.بحر وقدمنا آنفا لو أعتق أمة على أن لا تتزوج عتقت تزوجت أو لا.قوله: (والرهن) بأن قال رهنتك عبدي بشرط أن أستخدمه أو على أن الرهن إن ضاع ضاعبلا شئ أو إن لم أوف متاعك لك إلى كذا فالرهن لك بمالك بطل الشرط وصح الرهن.بحر.قوله: (كجعلتك وصيا الخ) هذا المثال أحسن مما في البحر: جعلتك وصيا على أن يكون لك مائة، لان الكلام في الشرط الفاسد الذي لا يفسد العقد وما هنا صحيح.نهر.وفيه نظر، فإنه قال في." (١)

"يصح تعليقه بالشرط، وذلك حيث ذكر أولا أن الاسلام لا بد فيه بعد الاتيان بالشهادتين من التبري كما علمت تفاصيله في الكتب المبسوطة.ويؤخذ عدم صحة تعليقه بالشرط من قولهم بعدم صحة تعليق الاقرار بالشرط.وتحقيقه أن الاسلام تصديق الجنان وإقرار باللسان، وكلاهما لا يصح تعليقه بالشرط، ومن المعلوم أن الكافر الذي يعلق إسلامه على فعل شئ غالبا يكون شيئا لا يريد كونه فلا يقصد تحصيل ما علق عليه.وقد ذكر الزيلعي وغيره أن الاسلام عمل، بخلاف الكفر فإنه ترك، ونظيره الاقامة والصيام، فلا يصير المقيم مسافرا، ولا الصائم مفطرا، ولا الكافر مسلما بمجرد النية لانه فعل، ويصير مقيما وصائما وكافرا بمجرد النية لانه ترك، فإذا علقه المسلم على فعل وفعله والظاهر أنه مختار في فعله فيكون قاصدا للكفر فيكفر، بخلاف الاسلام ا هـ.قوله: (ودخول الكفر هنا) أي فيما يصح تعليقه وفيه أن كلام المصنف كما سمعته آنفا ليس فيه تعرض لدخول الكفر في هذا القسم، بل فيه ما ينافيه وهو أنه يصير كافرا بمجرد النية لانه ترك: أي ترك العمل والتصديق فيتحقق في الحال قبل وجود المعلق عليه، ولو صح تعليقه لما وجد في الحال، فافهم.قوله: (ويصح تعليقه هبة) في البزازية من البيوع **تعليق الهبة** بأن باطل وبعلى إن ملائما كهبته على أن يعوضه يجوز، وإن مخالفا بطل الشرط وصحت الهبة ا هـ بحر.وهذا مخالف لما ذكره الشارح،

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥/٣٨٠

لان كلامه في صحة التعليق بأداة الشرط لا في التقييد بالشرط، لان هذا تقدم في المتن حيث ذكر الهبة فيما لا يبطل بالشرط الفاسد فافهم.لكن في البحر أيضا عن المناقب عن الناصحي: لو قال إن اشتريت جارية فقد ملكتها منك يصح ومعناه: إذا قبضه بناء على ذلك ا هـ: أي إذا قبض الموهوب له الموهوب بناء على التمليك يصح مع أنه معلق بإن، وهو خلاف ما في البزازية من إطلاق بطلانه ولعله قول آخر يجعل التعليق بالملائم صحيحا كالتقيد.تأمل.قوله: (وحوالة وكفالة) في البزازية من البيوع: وتعليق الكفالة إن متعارفا كقدوم المطلوب يصح، وإن شرطا محضا كإن دخل الدار أو هبت الريح لا، والكفالة إلى هبوب الريح جائزة والشرط باطل، ونص النسفي أن الشرط إن لم يتعارف تصح الكفالة ويبطل الشرط والحوالة كهي ا هـ بحر قوله: (وإبراء عنها) كإن وافيت به غدا فأنت برئ كما قدمناه في مسألة الابراء عن الدين.قوله: (بملائم) قيد للاربعة.تتمة: بقي مما يصح تعليقه دعوة الولد كإن كانت جاريتي حاملا فمني، وكذا الوصية والايصاء والوكالة والعزل عن القضاء فهذه نص في البحر عليها في أثناء شرحها ونبهنا على ذلك، والابراء عن الدين إذا علق بكائن أو بمتعارف كما مر، وذكر في جامع الفصولين مما يصح تعليقه إذن القن، وكذا النكاح بشرط علم للحال، وكذا تعليق الامهال: أي تأجيل الدين غير القرض إن علق بكائن، ولو قال بعته بكذا إن رضي فلان جاز البيع والشرط جميعا، ولو قال بعته منك إن شئت فقال قبلت تم البيع، وقدمنا تقييد مسألة البيع بما إذا وقته بثلاثة أيام، وذكر خلافا في صحة تعليق القبول.مطلب ما يصح إضافته وما لا يصح قوله: (وما تصح إضافته الخ) شروع فيما يضاف وما لا يضاف بعد الفراغ من الكلام على التعليق ولم أر من ذكر لذلك ضابطا، وسيأتي بيانه، ثم الفرق بين التعليق والاضافة، هو أن التعليق يمنع المعلق عن السببية للحكم، فإن نحو أنت طالق سبب للطلاق في الحال، فإذا قال أنت طالق إن." [1]

"الترمذي عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم وقال: لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب لم يسمع عندي من حكيم، إلا أن هذا داخل في الارسال عندنا فيصدق قول المصنف: أي صاحب الهداية صح إذا كان حبيب إماما ثقة.فتح.قوله: (كأنت وكيلي في كل شئ) نقل في الشرنبلالية وغيرها عن قاضيخان: لو قال لغيره أنت وكيلي في كل شئ أو قال أنت وكيلي بكل قليل وكثير يكون وكيلا بحفظ لا غير هو الصحيح، ولو قال أنت وكيلي في كل شئ جائز أمرك يصير وكيلا في جميع التصرفات المالية كبيع وشراء وهبة وصدقة.واختلفوا في طلاق وعتاق ووقف، فقيل يملك ذلك لاطلاق تعميم اللفظ، وقيل لا يملك ذلك

(١) حاشية رد المحتار، ٣٨٦/٥

إلا إذا دل دليل سابقة الكلام ونحوه وبه أخذ الفقيه أو الليث ا هـ.وبه يعلم ما في كلام الشارح سابقا ولاحقا، فتدبر.ولابن نجيم رسالة سماها (المسألة الخاصة في الوكالة العامة) ذكر فيها ما في الخانية وما في فتاوى أبي جعفر.ثم قال: وفي البزازية: أنت وكيلي في كل شئ جائز أمرك ملك الحفظ والبيع والشراء وبملك الهبة والصدقة حتى إذا أنفق على نفسه من ذلك المال جاز حتى يعلم خلافه من قصد الموكل.وعن الامام تخصيصه بالمعاوضات، ولا يلي العتق والتبرع، وعليه الفتوى، وكذا لو قال طلقت امرأتك ووهبت ووقفت أرضك في الاصح لا يجوز اه.وفي الذخيرة أنه توكيل بالمعاوضات لا بالاعتاق والهبات، وبه يفتى ا هـ.وفي الخلاصة كما في البزازية: والحاصل أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شئ إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة على المفتى به، وينبغي أن لا يملك الابراء والحط على المديون لانهما من قبيل التبرع فدخلا تحت قول البزازي أنه لا يملك التبرع، وظاهر أنه يملك التصرف في مرة بعد أخرى، وهل له الاقراض **والهبة بشرط** العوض؟ فإنهما بالنظر إلى الابتدء تبرع، فإن القرض عارية ابتداء معاوضة انتهاء، **والهبة بشرط** العوض هبة ابتداء معاوضة انتهاء، وينبغي أن لا يملكهما الوكيل بالتوكيل العام لانه لا يملكهما إلا من يملك التبرعات، ولذا لا يجوز إقراض الوصي مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وإن كانت معاوضة في الانتهاء، وظاهر العموم أنه يملك قبض الدين واقتضاءه وإيفاءه والدعوى بحقوق الموكل وسماع الدعوى بحقوق على الموكل والاقارير على الموكل بالديون، ولا يختص بمجلس القاضي لان ذلك في الوكيل بالخصومة لا في العام.فإن قلت: لو وكله بصيغة وكلتك وكالة مطلقة عامة فهل يتناول الطلاق والعتاق والتبرعات؟ قلت: لم أره صريحا، والظاهر أنه لا يملكها على المفتى به لان من الالفاظ ما صرح قاضيخان وغيره بأنه توكيل عام ومع ذلك قالوا بعدمه ا هـ ما ذكره ابن نجيم في رسالته ملخصا.وقد ساقها القتال في حاشيته برمتها.قوله: (وفي الشرنبلالية) عبارتها نقلا عن الخانية: وفي فتاوى الفقيه أبو جعفر: رجل قال لغيره وكلتك في جميع أموري وأقمتك مقام نفسي لا تكون الوكالة عامة، ولو قال: وكلتك." [(١)]

"كتاب الهبة قوله: (وجه المناسبة ظاهر) لان ما قبلها تمليك المنفعة بلا عوض وهي تمليك العين كذلك.قوله: (مجانا) زاد ابن الكمال للحال لاخراج الوصية.قوله: (بلا عوض) أي بلا شرط عوض فهو على حذف مضاف، لكن هذا يظهر لو قال بلا عوض كما في الكنز، لان معنى مجانا عدم العوض لا عدم اشتراطه، على أنه اعترضه الحموي كما في أبي السعود بأن قوله: بلا عوض نص في اشتراط عدم

---

(١) حاشية رد المحتار، ٦/٥٧

العوض والهبة بشرط العوض نقيضه فكيف يجتمعان ا هـ: أي فلا يتم المراد بما ارتكبه، وهو شمول التعريف للهبة بشرط العوض، لانه يلزم خروجها عن التعريف حينئذ كما نبه عليه في العزمية أيضا.قلت: التحقيق أنه إن جعلت الباء للملابسة متعلقة بمحذف حالا من تمليك لزم ما ذكر، أما لو جعل المحذوف خبرا بعد خبر: أي هي كائنة بلا شرط عوض على معنى أن العوض فيها غير شرط، بخلاف البيع والاجارة فلا يرد ما ذكر، فتدبر.قوله: (شرط فيه) وإلا لما شمل الهبة بشرط العوض ح.قوله: (وأما تمليك الدين الخ) جواب عن سؤال مقدر، وهو أن تقييده بالعين مخرج لتمليك الدين من غير من عليه مع أنه هبة فيخرج عن التعريف.فأجاب: بأنه يكون عينا مآلا، فالمراد بالعين في التعريف ما كان عينا حالا أو مآلا.قال بعض الفضلاء: ولهذا لا يلزم إلا إذا قبض، وله الرجوع قبله منعه، حيث كان بحكم النيابة على القبض، وعليه تبتنى مسألة موت الواهب قبل قبض الموهوب له في هذه، فتأمل.بقي هل الاذن يتوقف على المجلس؟ الظاهر نعم فليراجع، ولا ترد هبة الدين ممن عليه فإنه مجاز عن الابراء والفرد المجازي لا ينقض، والله سبحانه أعلم اه.قوله: (صحت) أي ويكون وكيلا عنه فيه.قال في البحر عن المحيط: ولو وهب دينا له على رجل وأمره أن يقبضه فقبضهجازت الهبة استحسانا فيصير قابضا للواهب بحكم النيابة ثم يصير قابضا لنفسه بحكم الهبة، وإن لم يأذن بالقبض لم يجز اه.وفي أبي السعود عن الحموي: ومنه يعلم أن تصيير معلومه المتجمد للغير بعد فراغه له غير صحيح ما لم يأذنه بالقبض وهي واقعة الفتوى.وقال في الاشباه: صحت، ويكون وكيلا قابضا للموكل ثم لنفسه، ومقتضاه عزله عن التسليط قبل القبض ا هـ.قوله: (قال الامام) بيان للاخروي ح.قوله: (يعلم) بكسر اللام مشددة.قوله: (تهادوا تحابوا) بفتح تاء تهادوا وهائه وداله وإسكان واوه، وتحابوا بفتح تائه وحائه وضم بائه مشددة.قوله: (ولو مكاتبا) فغيره كالمدبر وأم الولد والمبعض." [(١)]

"يشمل الثلاث التي بعد الاولى، فالاولى تعليل الهداية بأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد، فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها، إلا أن يقال قوله: والهبة لا تبطل بالشروط من تتمة التعليل.قوله: (ولا تنس الخ) نبه عليه إشارة إلى دفع ما قاله الزيلعي تبعا للنهاية من أن قوله: أو على أن يعوض الخ فيه إشكال، لانه إن أراد به الهبة بشرط العوض، فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله: بطل الشرط وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض، لانه ذكره بقوله: على أن يرد عليه شيئا منها وحاصل

(١) حاشية رد المحتار، ٦/٢٥٥

الدفع أن المراد الاول، وإنما بطل الشرط لجهالة العوض. كذا أفاده في البحر. ثم رأيت صدر الشريعة صرح به فقال: مرادهم ما إذا كان العوض مجهولا، وإنما يصح العوض إذا كان معلوما. قوله: (بشرط محض الخ). فروع: وهبت مهرها لزوجها على أن يجعل أمر كل امرأة يتزوجها عليها بيدها ولم يقبل الزوج، قيل لا يبرأ، والمختار أن الهبة تصح بلا قبول المديون، وإن قبل إن جعل أمرها بيدها فالابراء ماض، وإن لم يجعل فكذلك عند البعض، والمختار أنه يعود، وكذا لو أبرأته على أن لا يضربها ولا يحجرها أو يهب لها كان فإن لم يكن هذا شرطا في الهبة لا يعود المهر. منعها من المسير إلى أبويها حتى تهب مهرها، فالهبة باطلة لانها كالمكرهة. وذكر شمس الاسلام خوفها بضرب حتى تهب مهرها فإكراه إن كان قادرا على الضرب، وذكر بكر سقوط المهر. لا يقبل التعليق بالشرط، ألا ترى أنها لو قالت لزوجها إن فعلت كذا فأنت برئ من المهر لا يصح. قال لمديونه: إن لم أقتض ما لي عليك حتى تموت فأنت في حل فهو باطل، لانه تعليق والبراءة لا تحتمله. بزازية. قوله: (لانه مخاطرة) لاحتمال موت الدائن قبل الغد أو قبل موت المديون ونحوذلك، لان المعنى إذا مت قبلي وإن جاء الغد والدين عليك فيحتمل أن يموت الدائن قبل الغد أو قبل موت المديون، فكان مخاطرة. كذا قرره شيخنا. وأقول: الظاهر أن المراد أنه مخاطرة في مثل إن مت من مرضك هذا، وتعليق في مثل إن جاء الغد والابراء لا يحتملهما، وأن المراد بالشرط الكائن الموجود حالة الابراء. وأما قوله إن مت بضم التاء فإنما صح وإن كان تعليقا لانه وصية، وهي تحتمل التعليق فافهم. وتقدمت المسألة في متفرقات البيوع فيما يبطل بالشرط، ولا يصح تعليقه به. قوله: (جاز العمرى) بالضم من الاعمار كما في الصحاح. قال في الهامش: العمى هي أن يجعل داره له عمره فإذا مات ترد عليه اه. قوله: (لا." (١)

"يجوز. قوله: (من دلنا الخ) هذه مسألة السير الكبير، وقد علمت أنه يجب فيها المسمى لتعين الموضع والقابل للعقد بالحضور وإن كان لفظ من عاما، وقوله: لان الاجر يتعين أي يلزم ويجب. قوله: (إجارة هبة الخ) قال في الولوالجية: ولو قال داري لك هبة إجارة كل شهر بدرهم أو إجارة هبة فهي إجارة، أما الاول فلانه ذكر في آخر كلامه ما يغير أوله، وأوله يحتمل التغيير بذكر العوض، وأما الثاني فلان المذكور أولا معاوضة فلا تحتمل التغيير إلى التبرع، ولذا لو قال آجرتك بغير شئ لا تكون إعارة وتنعقد الاجارة بلفظ العارية اه. ملخصا. قوله: (غير لازمة الخ) قال الاتقاني: ولم يذكر في المبسوط أنها لازمة أو لا. وحكي عن أبي بكر بن حامد قال: دخلت على الخصاف واستفدنا منه فوائد إحداها هذه وهو أنها لا تلزم، فلكل

(١) حاشية رد المحتار، ٢٧٧/٦

الرجوع قبل القبض وبعده، ولكن إذا سكن يجب الاجر لانه أمكن العمل باللفظين فيعمل بهما بقدر الامكان كالهبة بشرط العوض اه ملخصا.وظاهره أنه يجب الاجر المسمى.وفي البيري عن الذخيرة التصريح بوجوب أجر المثل.قوله: (وفي لزوم الاجارة المضافة تصحيحان) عبر باللزوم لانه لا كلام في الصحة فلا ينافي ما قدمه الشارح قريبا من صحتها بالاجماع، فافهم.قوله: (بأن عليه الفتوى) لما في الخانية: لو كانت مضافة إلى الغد ثم باع من غيره، قال في البزازية المنتقى، فيه روايتان، والفتوى على أنه يجوز البيع وتبطل الاجارة المضافة وهو اختيار الحلواني اه.وقدمنا بقية الكلام أول الكتاب، ثم الظاهر أن عدم اللزوم من الجانبين لا من جانب المؤجر فقط فلكل فسخها كما هو مقتضى إطلاقهم.تأمل.قوله: (وبه يفتى) تقدم نحوه في أول الاجارة الفاسدة وتكلمنا هنا عليه، وقال في القنية: وفي ظاهر الرواية لا يجوز لانه لا ينتفع بالبناء وحده.قوله: (وكره إجارةأرضها) هكذا قال في الهداية، وفي خزانة الاكمل: لو آجر أرض مكة لا يجوز فإن رقبة الارض غير مملوكة.قال: ومفهومه يدل على جواز إيجار البناء: شرح ابن الشحنة.قوله: (وفي الوهبانية) فيه أن البيت الخامس والشطر الثاني من البيت الرابع من نظم ابن الشحنة، وليس أيضا من نظم الشرنبلالي كما قيل.قوله: (وفي الكلب) أي كلب الصيد أو الحراسة.قوله: (والبازي) بالتشديد.قوله: (قولان) يعني روايتان حكاهما قاضيخان الاولى: لا يجب الاجر، والثانية: إن بين وقتا معلوما يجب، وإلا فلا.ولا يجوز في السنور لاخذ الفأر مطلقا، لان المستأجر يرسل الكلب والبازي فيذهب بإرساله فيصيد وصيد السنور بفعله، وفي استئجار الفرد لكنس البيع خلاف.وتمامه في الشرح.قوله: (كأم القرى) هي مكة المشرفة: أي في إيجار بنائها قولان.قال الناظم: وإنما نصصت عليه مخافة أن يتوهم أنه لا يجوز كما لا يجوز بيع الارض.قوله: (أو أرضها) مبتدأ والجملة بعده خبر، وأو بمعنى الواو الاستئنافية.تأمل.قوله: (لو راح الخ) أي لو ذهب التاجر بالثوب ولم يظفر به الدلال لا يضمن لانه مأذون له في هذا الدفع عادة.قال قاضيخان: وعندي إذا فارقه ضمن، كما لو أودعه عند أجنبي أو." [١]

"ولو سلمها قبل قبض الآخر فهو باطل كما سيذكره الشارح عن المبسوط، ومثله في الجوهرة عن المستصفى.قال في النهاية: ولا بد من القبض عندنا خلافا لزفر فلا شفعة ما لم يتقابضا.وعلى قوله تجب قبل التقابض بناء على أن الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء، وعندنا بر ابتداء، وبمنزلة البيع إذا اتصل به القبض من الجانبين.كذا في المبسوط اه.وفي القهستاني عن المحيط: يعتبر الطلب عند التقابض

(١) حاشية رد المحتار، ٦/٣٨٤

في ظاهر الرواية، فقول السائحاني عن المقدسي: وفي رواية وقت العقد وهو الصحيح مشكل، فإنه مبني على قول زفر، ولم أر من صححه من شراح الهداية وغيرها، فتأمل.قوله: (ووقت الاجازة عند الثالث) هذا هو الصحيح كما سيذكره الشارح أول الباب الآتي، وفيه كلام ستعرفه.قوله: (يقول له إلخ) قال في البزازية: ولم يذكر في الكتب أن من لا يرى الشفعة بالجوار إذا طلبها عند حاكم يراها: قيل لا يقضي له لانه يزعم بطلان دعواه، وقيل يقضي لان الحاكم يراها، وقيل يقول له إلخ.قال الحلواني: وهذا أحسن الاقاويل اه.قوله: (وإلا يقله) عبارة البزازية: وإن قال لا فلا.تأمل.قوله: (إيجاب الطلب) أي إثباته عند القاضي، فإن الطلب عنده وهو الثالث متضمن إثبات طلب المواثبة وطلب التقرير، فلفظ إيجاب في محلة فافهم، وهذا مبني على قول محمد المفتى به من أنه لو أخرها شهرا بلا عذر بطلت كما مر.قوله: (فامتنع) أي القاضي أو من وجبت عليه الشفعة: أفاده أبو السعود ط.قوله: (بخلاف سبت اليهودي) فإن القاضي يحضره وإن كان يوم السبت، هذا إن كانت الشفعة واجبة عليه، وإن كانت واجبة له فالمعنى يطلب من القاضي وإن كان يوم السبت وهذا يظهر إذا كان يوم السبت آخر الشهر، إذ تأخر الطلب قبل الشهر لا يبطلها اتفاقا، إلا أن يكون المراد طلب المواثبة أو التقرير.تأمل.ومثل السبت الاحد للنصراني كما أفاده الحموي.قوله: (كما يأتي) أي في الفروع آخر كتاب الشفعة.قوله: (أخذها بخمسين) عزاها في الخانية إلى ابن الفضل ثم قال بعده: وقال القاضي السعدي: لا يطرح عن الشفيع نصف الثمن وإنما يطرح عنه حصة النقصان، وظاهر تقديم الخانية الاول اعتماده كما هو عادته.قوله: (لان ثمنها إلخ) ظاهر التعليل أن قيمتهما سواء وقت العقد، فلو اختلفت لا يتعين أخذها بخمسين بل." (١)

"وأما شرائط الوجوبفمنها – عقد المعاوضة عن المال بالمال: فإنها لا تجب بهذه الاسباب إلا عند عقد البيع أو ما هو في معناه من: الصلح **والهبة بشرط** العوض إذا وجد قبض البدلين، فأما إذا قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة – وهذا عندنا، خلافا لزفر: إنها تجب بنفس العقد – وهذا فرع مسألة بينهم: أن **الهبة بشرط** العوض: عقده عقد هبة، وجوازه جواز البيع، فما لم يتقابضا لا يكون في معنى البيع، وعنده: عقده عقد بيع – وهي مسألة كتاب الهبة.ولو وهب ثم عوض بعد العقد: فلا يجب الشفعة فيه، ولا فيما هو عوض عنه، بأن جعل العوض دارا، لان هذا ليس في معنى البيع، لانه ليس بمشروط في العقد.ولهذا لا يجب في المملوك بمقابلة المنافع، بأن جعل الدار مهرا أو أجرة.ولهذا لا يجب في الدار

---

(١) حاشية رد المحتار، ٦/٥٣٩

المملوكة بغير بدل كالهبة، والصدقة والوصية، أو ببدل ليس بمال، كبدل الخلع والصلح عن دم العمد.ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله: إن من تزوج امرأة على دار على أن ترد عليه ألفا، فلا شفعة في شئ من الدار.وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: تجب الشفعة.واستحقاق الشفعة في البيع بشرط الخيار قد ذكر في البيوع.وفي البيع الفاسد: إذا ملك عند القبض لا يستحق الشفعة ما لم يبطل حق الفسخ، إما لاتصال المبيع بزيادة، أو بزوال ملك المشتري، لان حق الفسخ ثبت لحق الشرع.." (١)

" فصل فيما يوجبه على نفسه

وإذا قال لله علي صوم يوم النحر أفطر وقضى فهذا النذر صحيح عندنا خلافة لزفر والشافعي رحمهما الله هما يقولان إنه نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الأيام

ولنا أنه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك إجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وإن صام فيه يخرج عن العهدة لأنه أداه كما التزمه وإن نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني إذا أفطر وهذه المسئلة على وجوه ستة إن لم ينو شيئا أو نوى النذر لا غير أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يمينا يكون نذرا لأنه نذر بصيغته كيف وقد قرره بعزيمته وإن نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذرا يكون يمينا لأن اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره وإن نواهما يكون نذرا ويمينا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يكون نذرا ولو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده يكون يمينا لأبي يوسف أن النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الأول على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما تترجح الحقيقة ولهما أنه لا تتنافى بين الجهتين لأنهما يقتضيان الوجوب إلا أن النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعارضة في **الهبة بشرط** العوض ولو قال لله علي صوم هذه السنة أفطر يوم الفطر ويوم النحر وأيام التشريق وقضاها لأن النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الأيام وكذا إذا لم يعين لكنه شرط التتابع لأن المتابعة لا تعرى عنها لكن يقضيها في هذا الفصل موصولة تحقيقا للتتابع بقدر الإمكان ويأتي في هذا خلاف زفر والشافعي رحمهما الله للنهي عن الصوم فيها وهو قوله عليه الصلاة والسلام ألا لا تصوموا في هذه الأيام فإنها أيام أكل وشرب وبعال وقد بينا الوجه فيه والعذرعنه ولو لم يشترط التتابع لم

---

(١) تحفة الفقهاء، ٣/٥٠

يجزه صوم هذه الأيام لأن الأصل فيما يلتزمه الكمال والمؤدى ناقص لمكان النهي بخلاف ما إذا عينها لأنه التزم بوصف النقصان فيكون الأداء بالوصف الملتزم

قال وعليه كفارة يمين إن أراد به يمينا وقد سبقت وجوهه ومن أصبح يوم النحر صائما ثم أفطر لا شيء عليه وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في النوادر أن عليه

". (١)

"عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعا للضرر عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا يعتق مالم يؤد الكل لعدم الشرط كما إذا حط البعض وأدى الباقي ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لأنه مأذون من جهته بالأداء منه ثم الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس لأنه تخيير وفي قوله إذا أديت لا يقتصر لأن إذا تستعمل للوقت بمنزلة متى

ومن قال لعبده أنت حر بعد موتي على ألف درهم فالقبول بعد الموت لإضافة الإيجاب إلى ما بعد الموت فصار كما إذا قال أنت حر غدا على ألف درهم بخلاف ما إذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول إليه في الحال لأن إيجاب التدبير في الحال إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق عليه في مسئلة الكتاب وإن قبل بعد الموت مالم يعتقه الوارث لأن الميت ليس بأهل للإعتاق وهذا صحيح

قال ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين فقبل العبد فعتق من مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه قيمة خدمته أربع سنين أما العتق فلأنه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة أربع سنين لأنه يصلح عوضا فصار كما إذا أعتقه على ألف درهم ثم إذا مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية أخرى وهي أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على ا لعبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء أنه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول إلى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها

---

(١) الهداية شرح البداية، ١٣١/١

ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم على أن تزوجنيها ففعل فأبت أن تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر لأن من قال لغيره أعتق عبدك على ألف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما إذا قال لغيره طلق امرأتك على ألف درهم علي ففعل حيث يجب الألف على الآمر لأن اشتراط البدل على الأجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل

ولو قال أعتق أمتك عني على ألف درهم والمسئلة بحالها قسمت الألف على قيمتها

". (١)

"

قال وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا

والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لآنه يرجع إلى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عندالبعض لأن الشيوع طارىء وعند البعض لا يصح لأنه تنفيذ الهبة في الشائع وصار كإقامة البينتين على الارتهان وهذا أصح

قال وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأه أنه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه وإن ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى بخلاف **الهبة بشرط** العوض لأنه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى

(١) الهداية شرح البداية، ٢/٦٦

لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه

قال ولو ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين فالأول أولى لما بينا أنه أثبته في وقت لا منازع له فيه وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لأنهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت إحدى البينتين وقتا ولم توقت الآخرى قضي بينهما نصفين لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره ولو ادعى

". (١)

" ﴿ باب من يوجب الصيام على نفسه ﴾

قوله : يفطر ويقضي وقال زفر والشافعي : لا يقضي لأنه لم يصح نذره لأن المنذر به منهي عنه وإنا نقول : بلى هو منهي ولكن لغيره فلا يمنع صحة النذر

قوله : فعليه يمين هذه المسئلة على ستة أوجه : إن نواهما وهو النذر واليمين جميعا كانا نذرا ويمينا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف : كان نذرا خاصة وإن نوى اليمين لا غير كان نذرا ويمينا وعندهما وقال أبو يوسف : كان يمينا خاصة وإن نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذرا كان يمينا خاصة بالإجماع وإن نوى النذر لا غير أو نوى النذر وأن لا يكون يمينا أو لم ينو شيئا كان نذرا خاصة فالحاصل أن أبا يوسف أبى الجمع بين النذر واليمين لأن هذا الكلام للنذر حقيقة ولليمين مجاز والحقيقة مع المجاز لا يجتمعان تحت كلمة واحدة فإن نواهما فالحقيقة أولى بالاعتبار لأن الحقيقة معتبر في موضعه والمجاز معتبر في غير موضعه والشئ الواحد لا يكون في موضعه وفي غير موضعه وإن نوى اليمين لا غير تعين المجاز فلا تبقى الحقيقة مرادة ولهما أن في النذر معنى اليمين فإن فيه إيجاب الصوم على نفسه إلا أن في النذر إيجاب الصوم لنفسه وفي اليمين إيجاب الصوم لغيره وهو أن لا يصير هاتكا حرمة اسم الله (تعالى) وهذا المعنى لا ينافي النذر إلا أنه غير معتبر فإذا نواه فقد اعتبره فيلزمه الكفارة وهذا ليس جمعا بين الحقيقة والمجاز

(١) الهداية شرح البداية، ٣/١٧٠

وإنما هذا عمل بالشبهين : **كالهبة بشرط** العوض بيع انتهاء هبة ابتداء والإقالة فسخ في حق العاقدين وبيع جديد في حق الثالث وليس طريقهما طريق الجمع بين الحقيقة والمجاز وإنما طريقهما العمل بالدليلين فكذا هذا

قوله : فلا شئ عليه وروى عن أبي يوسف ومحمد أنه عليه القضاء اعتبارا للشروع بالنذر كما في سائر الأيام وجه ظاهر الرواية المؤدي لم يجب حفظه فلا يجب القضاء بتركه ." [(١)]

" ﴿كتاب الهبة﴾

قوله : حتى يتقابضا أصله أن **الهبة بشرط** العوض ينعقد تبرعا عندنا حتى لا يتم إلا بالتقابض وتبطل بالشيوع ولا يجب به الشفعة في العقار وإذا اتصل القبض صار بيعا فحينئذ يجب به الشفعة في العقار ويرد بالعيب

قوله : فله أن يرجع إلخ لأن المانع عن الرجوع خاص فامتنع فيه دون غيره وتفسير التعويض أن يأتي الموهوب له بلفظ يعلم الواهب أنه عوض هبته بأن يقول : هذا عوض هبتك أو مكافآت هبتك أو ثواب هبتك أو بدل هبتك أو جزاء هبتك أما إذا وهب الواهب شيئا وهو لم يعلم بأن هذا عوض هبته فلكل واحد أن يرجع في هبته

قوله : والشرط باطل لأنه يخالف موجب العقد والهبة لا تفسد بالشروط الفاسدة

قوله : فليس له أن يرجع في شئ منها لأن الزيادة المتصلة في الموهوب يمنع الرجوع والشجر والبناء في بعض الناحية يعد زيادة في الكل وكذلك الدكان ولآرى يعد في زيادة في الكل وهذا إذا كان الدكان كبيرا بحيث يعد زيادة أما إذا كان صغيرا حقيرا بحيث لا يعد زيادة فلا عبرة ولو كانت الأرض كبيرة لا يعد في الكل وإنما يعد زيادة في تلك القطعة فيرجع في غيرها

قوله : فله أن يرجع في نصفها لأنه صح الرجوع في الكل ففي النصف أحق

قوله : فهو سكنى لأن قوله : داري لك هبة ظاهرة لتمليك الرقبة وهو يحتمل تمليك المنفعة لأن الإضافة بلام التمليك يحتمل الإجارة والعارية ولهذا حمل عليه في باب اليمين إذا حلف لا يدخل دار فلان فدخلها وهو ساكن فيها بإجارة أو بإعارة فإنه يحنث فثبت أن لام التمليك يحتمل ملك السكنى وإن كان أصله ملك الرقبة فصار ذلك كلاما محتملا وقوله : سكنى محكم لملك المنفعة فجعل المحكم قاضيا عليه

---

(١) النافع الكبير، ص/١٤١

كما قلنا في الرجل يقول لامرأة : تزوجتك شهرا : إن التزوج محتمل للمتعة والشهر محكم في حق المتعة فجعل المحكم قاضيا على المحتمل حتى صارت متعة فصار ذلك بمنزلة قوله : لفلان علي ألف درهم وديعة إن ذلك أمانة

قوله : فهي هبة لأن قوله : تسكنها لا يصلح مغيرا لصدر الكلام لأنه فعل وليس بصفة فبقي مشورة أو شرطا فاسدا فوجب العمل بظاهر الكلام الأول كأنه قال : داري لك هبة فسكت

قوله : لم يجز فالحاصل أن أبا حنيفة أجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة لكن جعل الهبة عبارة عن الصدقة إذا صادفت الفقير والصدقة عبارة عن الهبة إذا صادفت الغني وذكر في كتاب الهبة أن الصدقة على اثنين باطل عند أبى حنيفة كالهبة فصار عن أبي حنيفة في جواز الصدقة على اثنين روايتان : في رواية هذا الكتاب يجوز وفي رواية كتاب الهبة لا يجوز والحجج تعرف في المختلف

قوله : فهو باطل لأن تمليك الدين فيه معنى الإسقاط من وجه وإبراء الدين إسقاط فيه معنى التمليك فصار التصرف في الدين تمليكا من وجه وإسقاطا من وجه ولهذا تم الإبراء من غير قبول وارتد بالرد والتعليق بالشرط مشروع في الإسقاط المحض أما فيما فيه شبهة التمليك فليس بمشروع ." [1]

"-----أو نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذر،أو نوى النذر واليمين جميعا، أو لم يكن له نية أصلا، فإن لم ينو شيئا أو نوى النذر، ولا نية له في اليمين،أو نوى النذر، ونوى أن لا يكون يمينا كان نذرا، ولا يكون يمينا في هذه الوجوه، وإن نوى اليمين، ونوى أن لا يكون يمينا، ولا يكون نذرا، إن نوى النذر واليمين كان يمينا ونذرا عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يكون نذرا، ولا يكون يمينا، فأبو يوسف يقول: بأن هذه الصيغة للنذر حقيقة، ولليمين مجاز؛ لأن النذر يوجب المنذور به لعينه، فكان واجبا من كل وجه، واليمين يفيد وجوب المحلوف به بغيره؛ إذ ليس في لفظ اليمين ما يقتضي الوجوب، وكان واجبا من وجه، واللفظ الموضوع لإفادة معنى لا يفيد ما دونه إلا مجازا، والحقيقة والمجاز يرادان بلفظ واحد، فتترجح الحقيقة على المجازوهما يقولان: هذا التصرف نذر صيغة يمين معنى، أما نذر صيغة، فظاهر، وأما يمين معنى؛ لأنه نوى اليمين، وصحت نيته لكون اللفظ محتملا لليمين بإقامة حرف اللام مقام حرف الباء، فيجب العمل باللفظ المعنى كما في **الهبة بشرط** العوض، والعمل باللفظ والمعنى ليس من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز؛ لأن اللفظ إذا صار مجازا عن غيره تسقط حقيقته في نفسه، كالهبة المضافة إلى

---

(١) النافع الكبير، ص/٤٣٥

الحرة والعمل باللفظ والمعنى لا يوجب سقوط اعتبار اللفظ، بل يبقى اللفظ على حاله مقررا في وصفه لكن زاد عليه شيء آخر كما في **الهبة بشرط** العوض، وقد وجد هذا الحد في مسألتنا؛ لأن حقيقة هذا اللفظ للنذر، ومتى نوى اليمين يبقى مقررا على حاله، لكن يزاد عليه حرف القسم وهو الباء، أو تقام اللام مقام حرف الباء، فهذا من باب العمل باللفظ والمعنى، وإنه جائز، وإن نوى اليمين ولا نية في النذر، فعلى قول أبي يوسف يكون يمينا، ولا يكون نذرا؛ لأنه لا يرى الجمع، وقد تعين اليمين مرادا بنيته، فلا يبقى النذر مرادا.." (١)

"-----لا يجوز قبض الزوج الهبة ويجوز قبض الأب الهبة عليها، وإن كانت في عيال الزوج، وإن كان الصغير قد قبض الهبة بنفسه جاز قبضه استحسانا إذا كان يعقل، وهذا قول علمائنا الثلاثة.الفصل السابع: في العوض في الهبةرجل وهب لرجل عبدا على أن يعوضه ثوبا بعينه واتفقا على ذلك فلم يقبض واحد منهما حتى امتنع أحدهما منه فله ذلك، وإن تقابضا جاز بمنزلة البيع، وليس لواحد منهما أن يرجع فيه بعد ذلك، يجب أن يعلم بأن **الهبة بشرط** العوض تنعقد تبرعا وتصير معاوضة عند اتصال القبض، وهذا لأن اللفظ لفظ الهبة والمعنى معنى المعاوضة، فإن شرط العوض من خصائص المعاوضات ويجب اعتبارا للفظ كما يجب اعتبار المعنى؛ لأن الألفاظ قوالب المعنى، فاعتبرناه تبرعا ابتداء عملا با للفظ وقلنا: لا يفيد الملك قبل القبض ولا يصح في المشاع ويرجع كل واحد منهما عنه، واعتبرناه معاوضة عند اتصال القبض عملا بالمعنى فقلنا: لا يرجع واحد منهما بعد ذلك، وتجب به الشفعة للشفيع، ولكل واحد منهما أن يرد ما في يده بعيب يوجد فيه، ولو استحق ما في يد أحدهما يرجع على صاحبه بما في يده إن كان قائما، وبقيمته إن كان هالكا كما هو الحكم في البيع.." (٢)

"-----عبد مأذون له في التجارة وهب لرجل هبة وعوضه الموهوب له من هبته فلكل واحد منهما أن يرجع في الذي له والهبة باطلة، وكذلك والد الصغير إذا وهب من مال الصغير شيئا وعوضه الموهوب له؛ لأن هذا تعويض عن هبة باطلة، وكذلك إذا وهب رجل للصغير هبة وعوضه الأب من مال الصغير لم يجز العوض وللواهب أن يرجع في هبته؛ لأن الاب ملكه العوض مقابلا بتأكيد ملك الابن في الهبة لا مقابلا بأصل الملك فكان العوض في جانب الصغير معاوضة من وجه دون وجه، والأب إنما يملك في

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢/٦٧٠

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦/١٧٩

مال ابنه ما هو معاوضة من كل وجه لا ما هو معاوضة من وجه دون وجه فبطل التعويض وكان للواهب أن يرجع في هبته.الفصل الثامن: في حكم الشرط في الهبةفي «البقالي» عن أبي يوسف إذا قال لغيره: هذه العين لك إن شئت ودفعه إليه فقال: شئت يجوز، وعن محمد في التمر إذا طلع فقال صاحب التمر: أدرك أو قال: إذا كان عشر فهو جائز بخلاف دخول الدار. في «المنتقى» ابن سماعة عن محمد رجل قال لغيره: وهبت لك هذه الأمة على أن تعوضني ألف درهم فدفع إليه الأمة فوطئها وولدت له قال: آمره أن يدفع العوض الذي شرط أو القيمة، وإنما كان كذلك؛ لأن الجارية صارت مملوكة للموهوب له بالقبض، والواهب لها رضي بتملكه إياها بعوض مقدر، وتعذر الجبر على أداء العوض؛ لأن الجبر على أداء العوض من حكم المعاوضة، **والهبة بشرط** العوض تنعقد معاوضة في الحال، فبقيت الجارية في يد الموهوب له مملوكة بعوض لا يمكن الجبر عليه فشابه المملوكة بملك فاسد، فإن دفع العوض الذي شرط عليه وإلا قضي عليه بالقيمة.." [1]

"-----وفي «فتاوي أبي الليث» رحمه الله: رجل باع من آخر عبدا بثوب موصوف في الذمة إن ضرب للثوب في الذمة أجلا جاز، وإن لم يضرب الأجل لا يجوز؛ لأن الثوب لا يجب في الذمة إلا سلما ولا سلم بدون الأجل. ولو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل العقد؛ لأن هذا العقد اعتبر سلما في حق الثوب بيعا في حق العبد، ويجوز أن يعتبر في عقد واحد حكم عقدين كما في **الهبة بشرط** العوض، وكما في قوله: إن أديت إلي ألفا، فأنت حر، اعتبر فيه حكم اليمين وحكم المعاوضة.." [2]

"-----والمعنى في ذلك: أن المستصنع طلب منه العمل والعين جميعا، فلا بد من اعتبارهما جميعا (واعتبارهما جميعا) في حالة واحدة متعذر؛ لأن بين الإجارة والبيع تناف فجوزناها إجارة ابتداء؛ لأن عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الإجارة ويمنع انعقاد البيع، فاعتبرناها إجارة ابتداء وجعلناها بيعا قبل التسليم بساعة توفيرا على الأمرين حظهما كما فعلنا هكذا في **الهبة بشرط** العوض اعتبرناها (هبة) في الابتداء عملا باللفظ وبيعا انتهاء عملا بالمعنى فكذلك هذا، ولهذا قلنا: لو مات قبل التسليم تبطل الإجارة ومتى سلم كان المستصنع بالخيار؛ لأنه اشترى ما لم يره.وهذا بخلاف ما لو استأجر وراقا ليكتب له كتابا بحبره أو صباغا ليصبغ بصبغه، فإنها تنعقد إجارة ابتداء وانتهاء، وإن كان فيها تمليك العين من المستأجر

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٨٢/٦

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢٦٩/٧

وهو الحبر والصبغ ممكنا من غير أن يجعل بيعا في الانتهاء لإيصال الصبغ بملكه، فإن إيصال الصبغ بملكه من غير بيع لم يضطر إلى أن تجعل الإجارة بيعا انتهاء، وإنه خلاف القياس، فأما هنا تمليك العين من المستصنع تبعا للعمل غير ممكن وإن اعتبرناها إجارة ابتداء؛ لأن العمل لا يصير ملكا له قبل ملك المحل، وإذا لم يمكن تمليك العين منه تنعقد الإجارة تبعا للعمل احتجنا إلى تمليك العين منه أولا ولا يمكننا ذلك إلا بالبيع فجعلناه بيعا انتهاء. وجعلناه بيعا قبل التسليم بساعة ليثبت به خيار الرؤية، ولهذا أورد محمد رحمه الله الاستصناع في كتاب البيوع وفي كتاب الإجارات؛ لأن به شبها من الأصلين من الإجارة والبيع، فإنها تنعقد إجارة ابتداء وتنقلب بيعا انتهاء، فكان له اتصال بالكتابين جميعا فلهذا أورده في الكتابين.." (١)

"-----وإذا وهب دارا من إنسان يشترط أن يعوضه منها كذا وكذا، فلا شفعة فيها للشفيع ما لم يتقابضا، وبعدما تقابضا ففيها الشفعة، وهذا لما عرف في كتاب الهبة أن **الهبة بشرط** العوض هبة ابتداء وتصير بيعا بعد اتصال القبض بالبدلين، فقبل اتصال القبض بالبدلين هي هبة، ولا شفعة في الهبة، وبعد اتصال القبض بالبدلين هو بيع وفي البيع الشفعة.وإذا وهب شقصا مسمى في دار غير محوز ولا مقسوم على أن يعوضه كذا وكذا فهو باطل، ولا شفعة للشفيع فيه لما ذكرنا أن **الهبة بشرط** العوض تنعقد هبة ابتداء، والهبة في مشاع يحتمل القسمة لا يجوز، فانعقدت الهبة بصفة الفساد في الابتداء، والتمام بناء على الابتداء، فيكون التمام بيعا فاسدا.والجواب في الصدقة والتخلي والعمرى... نظير الجواب في الهبة، لأن هذه ألفاظ الهبة، والعقد لا يختلف باختلاف الألفاظ، وأما الوصية على هذا الشرط إذا قبل الموصى له ثم مات الموصي، فإنه تجب الشفعة وإن لم يقبضها الموصى له بخلاف الهبة.ثم قال في «الكتاب»: إذا قال أوصيت بداري بيعا لفلان بألف درهم ومات الموصي، فقال الموصى له: قبلت يثبت للشفيع الشفعة، وإن قال أوصيت أن يوهب له عوض ألف درهم، فهو مثل **الهبة بشرط** العوض لنفسه.وإذا ادعى حقا على إنسان وصالحه المدعي قبله على دار، فللشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار؛ لأن التملك بالشفعة يقع على المدعي، وفي زعم المدعي أنه ملك هذه الدار عوضا

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٧/٢٩٩

عما هو عين مال فيبني الأمر على زعمه.وبمثله لو ادعى دارا في يدي رجل، فصالحه المدعي قبله على أن يعطيه المدعي قبله دراهم، ويترك الدار على المدعي قبله.." (١)

"-----وفي **الهبة بشرط** العوض روايتان: في ظاهر الرواية يعتبر الطلب وقت التقابض؛ لأنها تصير بيعا في هذه الحالة، وإذا كان البيع بألف درهم إلى سنة يعتبر الطلب وقت العلم بالبيع حتى أن للشفيع لو قال: أنا انتظر الأجل ولم يطلب شفعته كما علم بالبيع بطلت شفعته، رواه الحسن عن أبي حنيفه رحمه الله: أنه قال: كذلك، قال ابن أبي مالك: وقال أبو يوسف أيضا: إنه على شفعته، وسكوته عن الطلب قبل الأخذ لا يكون تسليما للشفعة.في «الأصل»: في باب شفعة أهل البغي: إذا اشترى رجل من أهل البغي دارا من رجل في عسكره، والشفيع في عسكر أهل العدل، فإن كان لا يقدر على أن يبعث وكيلا ولا أن يدخل بنفسه عسكرهم، فهو على شفعته، ولا يضره ترك طلب الإشهاد؛ لأن هذا ترك بعذر، وإن كان يقدر على أن يبعث وكيلا أو يدخل بنفسه عسكرهم، فلم يطلب طلب الإشهاد، وبطلت شفعته؛ لأنه ترك طلب الإشهاد بغير عذر.إذا اتفق الشفيء والمشتري أن الشفيع علم بالشراء منذ أيام، ثم اختلفا بعد ذلك في الطلب فقال الشفيع طلبت منذ علمت، وقال المشتري: ما طلبت، فالقول قول المشتري، وعلى الشفيع البينة، ولو قال الشفيع: علمت الساعة وأنا أطلبها، وقال المشتري: علمت قبل ذلك ولم يطلب، فالقول قول الشفيع.وفي «نوادر أبي يوسف»: إذا قال الشفيع: طلبت الشفعة حين علمت، فالقول قوله. ولو قال: علمت أمس وطلبت، أو قال: كان البيع أمس وطلبتها في ذلك الوقت لم يصدق إلا ببينته، وهكذا ذكر الخصاف في «أدب القاضي».حكي عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني رحمه الله، قال: إذا كان الشفيع علم بالشراء وطلب طلب المواثبة ثبت حقه ولكن إذا قال بعد ذلك: منذ كذا وطلبته لا يصدق على الطلب، ولو قال: ما علمت الساعة يكون كاذبا.فالحيلة في ذلك: أن يقول لإنسان أخبرني بالشراء، ثم يقول: إلا أن أخبرت ويكون صادقا، وإن كان أخبر قبل ذلك.." (٢)

"-----في شرح الطحاوي في «الأصل»: اشترى دارا وهو شفيعها ولها شفيع غائب يصدق الشفيع يثبت منها، وطريقه على رجل، ثم باع ما بقي منها ثم قدم الشفيع الغائب، فأراد أن ينقض صدقة المشتري وبيعه، فهذا على وجهين:الأول: إذا باع ما بقي من الدار من المتصدق عليه، وفي هذا الوجه ليس له أن

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٧/٤٨٥

(٢) ال‍محيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٧/٥١٦

ينقض صدقته في الكل إنما ينقض في النصف؛ لأن الدار مشترك بيت المشتري وبين الغائب بحق الشفعة فيعتبر بما لو كان مشتركا بينهما بحقيقة الملك، ولو كانت مشتركة بينهما بحقيقة الملك باع أحدهما موضعا منها بعينه، أو تصدق على رجل ثم باع الباقي منه، لم يكن للشريك (١٨١أ٣) الآخر أن ينقض تصرفه في الكل، وإنما ينقض في النصف كذا هنا.الوجه الثاني: إذا باع باقي الدار من رجل آخر كان للغائب أن ينقض تصرفه في الكل، ألا ترى أنها لو كانت مشتركة بينهما شركة ملك، فيصير أحدهما على هذا الوجه كان للآخر أن ينقض تصرفه في ا‌لكل؛ لأنه يحتاج إلى أن يقسم مع اثنين، وربما يتفرق نصيبه، فيلحقه زيادة ضرر، ولا كذلك في الوجه الأول.في «الأصل»أيضا: تسليم الشفعة في البيع تسليم في الهبة، بشرط العوض حتى أن الشفيع إذا أخبر بالبيع، فسلم الشفعة، ثم تبين أنه لم يكن بيعا، وكان هبة بالعوض، فلا شفعة له، وكذلك تسليم الشفعة في **الهبة بشرط** العوض تسليم في البيع، وهذا لما عرف أن **الهبة بشرط** العوض والبيع سواء، فكان التسليم في أحدهما تسليما في الآخر.في «فتاوى الفضلي»: رجل اشترى دارا وهو شفيعها بالجوار، وطلب جار آخر فيها الشفعة، فسلم المشتري الدار كلها إليه كان نصف الدار له بالشفعة والنصف بالشراء.-----في «فتاوى أهل سمرقند»: أجمة بين اثنين ورثا عن أبيهما، ولا يعلم أحدهما بعينه أن له فيه نصيبا، فبيعت أجمة أخرى بجوار هذه، فلم يطلب هو الشفعة، فلما أخبر أن له فيها نصيب طلب الشفعة، فلا شفعة له؛ لأنه لم يطلب طلب المواثبه عند العلم بالبيع، والجهل ليس بعذر.في «فتاوى الفضلي»: إذا قال المشتري للشفيع: رد علي الثمن ولك الشفعة، فهذا لا يكون تسليما للدار والشفيع على شفعته؛ لأن قوله: ولك الشفعة، إن كان اختار أن له الشفعة فهو صادق في هذا الخبر وإن كان تسليما معلقا بأداء الثمن، فالتسليم على هذا الوجه لا يصح يعني التمليك.فيه أيضا: رجل له خمس منازل في زقاق غير نافذة باع هذه المنازل، وطلب الشفيع الشفعة في واحد من المنازل، فهذا على وجهين:الأول: أن يطلب بحق الشركة في الطريق، وفي هذا الوجه ليس له ذلك؛ لأنه تفريق من غير ضرورة؛ لأن السبب عم الكل.الوجه الثاني: أن يطلب الشفعة بحق الجوار، وجواره في هذا المنزل لا غير، وفي هذا الوجه له ذلك؛ لأن السبب خص هذا الواحد والله أعلم.وبه ختم كتاب الشفعة، تم الدفتر الخامس من المحيط (١٨١ب٣).." [1]

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦٠٧/٧

"ـــــرجل مات فشهد قوم عند القاضي لرجل أنه أخوه لأبيه وأمه ووارثه، لا وارث له غيره فقضى القاضي بذلك وقد كان للميت على رجل ألف درهم، فوهبه الأخ له أو وهب لإنسان عينا من التركة، ثم شهد هذا الموهوب له ورجل آخر لإنسان أنه ابن الميت، جازت شهادتهما، لأن هذه شهادة على الموهوب له، فإنه يبطل بهذه الشهادة ما حصل له بالهبة من العين والدين فكانت هي من أصدق الشهادات، وكان ينبغي أن لا تقبل شهادته فيما إذا كان الموهوب عينا، لأن الموهوب إذا كان عينا فالهبة لا تتم إلا بقبول الموهوب له، فكان هو بهذه الشهادة ساعيا في نقض ما تم به، وهذا مانع قبول الشهادة، والجواب عن هذا: أن يقال بأن السعي في نقض ما تم به إنما يمنع قبول الشهادة إذا كان هو لا يملك النقض بدون الشهادة، والموهوب له يملك الرد على الواهب من غير شهادة؛ لأن الهبة في جانب الموهوب له غير لازمة، وكان كالمرتهن إذا شهد لغيره بالرهن حتى لو كانت **الهبة بشرط** العوض وتقابضا، ثم إن الموهوب له شهد مع رجل آخر أن هذا الرجل ابن الميت، كانت شهادتهما باطلة، لأنه ساع في نقض ما تم به، وهو لا يملك ذلك بدون الشهادة، لأن **الهبة بشرط** العوض لازمة من الجانبين.وصار هذا نظير ما لو اشترى رجل من هذا الأخ شيئا من الميراث، ثم شهد هذا المشتري مع رجل آخر بما قلنا، لم تقبل شهادته لما قلنا، وإذا لم تقبل هذه الشهادة كان للمشهود له بديونه؛ لأن يأخذ من الموهوب له ومن المشتري ذلك العين إن كانت قائمة وقيمتها إن كانت هالكة، لأن الموهوب له زعم أن الهبة لم تصح، وكذلك المشتري زعم أن الشراء لم يصح، وأن هذا العين ملك الابن فيؤمران بالدفع إليه إن كان قائما وبرد القيمة إن كان هالكا، والذي ذكرنا في الهبة كذلك الجواب في الصدقة، والله أعلم.." [١]

"ـــــولو ادعى على رجل ألف درهم، وجاء بشاهدين أحدهما: أنه أقر أن له عليه ألف درهم من ثمن نبات قبضها، وشهد آخر أنه أقر أن عليه ألف درهم من ثمن طعام قد قبضه، وقال المدعي: قد كان أقر بذلك كله لي، فإن القاضي يقضي له بالألف.في «واقعات الناطفي» وفي «فتاوى أبي الليث»: رجل تحته أمة أعتقت، فشهد أحدهما أنه طلقها ثلاثا بعدما عتقت، وشهد الآخر أنه طلقها ثلاثا قبل العتق فهي ثنتان، وله أن يراجعها؛ لأن الثلاث الذي شهد بها في حالة الرق واحدة منها ليست بشيء، فلم يجتمعا إلا على الثنتين، ولم يتفقا أيضا على أن الطلاق كان قبل العتق، فلا تنقطع الرجعة بالشك.إذا قال الشاهد: كل شهادة شهدتها لفلان في حادثة كذا فهي زور، ثم شهد في تلك الحادثة لفلان تقبل

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٥٥٦/٩

شهادته.وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: وكذلك إذا قال: ليست لفلان عندي شهادة في أمر، ثم شهد له في حادثة تقبل شهادته في هذا الموضع. ادعى شراء دار من رجل وجاء بشهود شهدوا على الشراء من وكيله لا تقبل الشهادة، وكذلك إذا شهدوا أن فلانا باع، وهذا المدعى عليه أجاز بيعه، وإذا كانت الدار في يدي رجل ادعى أنه باعها من فلان بألف درهم في رمضان، وأقام على ذلك بينة وأقام فلان بينة أن صاحب اليد وهبها له في شوال على أن عوضه منهما خمسمئة وقبضا جميعا، فالقاضي يقضي بالبينة بشرط العوض، لأن **الهبة بشرط** العوض بعد اتصال القبض بالبدلين والبيع سواء، ولو أثبت المشتري بيعه منه بخمسمئة في شوال انفسخ الأول وبقي الشراء بخمسمئة، فكذا إذا أثبت **الهبة بشرط** العوض.ولو أن المدعى عليه الشراء لم يقم البينة على **الهبة بشرط** العوض، وإنما أقام البينة أنه ارتهنها من صاحب اليد في شوال بخمسمئة، قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: البيع أولى ويجب على المشتري أن يقضي البائع خمسمئة أخرى سوى ما أعطاه في شوال وقال محمد: الرهن أولى ويكون رهنا عند المشتري بخمسمئة.." (١)

" لا ينافي المشروعية لأن موجبه الانتهاء والنهي عما لا يتصور لا يكون فيقتضي تصوره وحرمته فيكون مشروعا ضرورة والنهي لغيره وهو ترك إجابة دعوة الله تعالى لا ينافي المشروعية فيصح نذره ولكنه يفطر احترازا عن المعصية ثم يقضي إسقاطا للواجب عن ذمته وإن صام فيه يخرج عن العهد لأنه أداء كما التزمه ناقصا لمكان النهي قال رحمه الله (وإن كان نوى يمينا كفر أيضا) أي مع القضاء تجب كفارة يمين لأنهما صحا فيجب عليه إذا أفطر موجبهما الكفارة باليمين والقضاء بالنذر وهذه المسألة على ستة أوجه إن لم ينو شيئا أو نوى النذر لا غير أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يمينا يكون نذرا في هذه الصور الثلاث لأنه نذر بصيغته فينصرف إليه عند الإطلاق أو عند نيته له فإن نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذرا يكون يمينا لأن اليمين محتمل كلامه لأن النذر إيجاب المباح وهو اليمين لأنه يوجب البر وقد عينه بعزيمته ونفى غيره وإن نواهما جميعا يكون نذرا ويمينا عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يكون نذرا لا غير وإن نوى اليمين يكون أيضا نذرا ويمينا عندهما وعنده يكون يمينا لا غير وله أن النذر فيه حقيقة واليمين مجاز فلا ينتظمها لفظ واحد والمجاز يتعين بنيته وعند نيتهما تترجح الحقيقة ولهما أنه لا تنافي بين الجهتين لأن

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٥٨١/٩

النذر إيجاب المباح فيستدعي تحريم ضده وأنه يمين لقوله تعالى ! ٢ [١] ٢ ! ثم قال قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فكان نذرا بصيغته يمينا بموجبه كشراء القريب تملك بصيغته تحرير بموجبه حتى إذا نوى عن الكفارة أجزأه أو نقول إنهما يقتضيان الوجوب أما النذر فظاهر وأما اليمين فلأنه يوجب البر إلا أن النذر يقتضيه لعينه لأنه موضوع له واليمين يقتضيه لغيره لئلا يلزم هتك حرمة اسم الله تعالى فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض وكما جمعنا بين جهتي الفسخ والبيع في الإقالة فإذا جاز ذلك مع اختلاف الحكم فمع اتفاقه أولى أن يجوز وهذا لأنه ليس فيه أكثر من أن يكون واجبا لعينه وواجبا لغيره وذلك لا يمنع كمن حلف ليصلين الصلوات المفروضة أو ليطيعن أبويه فيكون كل واحدة من الجهتين مؤكدة للأخرى فلا تنافي

". (٢)

" لو علق المولى عتق العبد بأداء العبد أو بأداء المال صار العبد مأذونا له في التجارة لدلالة حاله على ذلك لأنه حثه على أداء المال ولا يتمكن من ذلك إلا بالاكتساب ولم يرد به الاكتساب بالتكدي لأنه أمارة الخساسة فتعين التجارة لأنها هي المعتادة ولا يصير مكاتبا لأن صيغته التعليق وهو أن يقول إن أديت إلي ألفا فأنت حر أو نحوه فتعليق عتقه بأداء المال كتعليقه بسائر الشروط وهذا لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يبطل بالرد وللمولى أن يبيعه والكتابة توجب المال على العبد بالقبول فيثبت المال له بمقابلة ما حصل للمكاتب من ملك اليد والكسب وهنا لم يجب من المال على العبد شيء لعدم ملك اليد والكسب ثم إن قال إن أديت إلي يقتصر على المجلس وعن أبي يوسف أنه لا يقتصر حتى لو باعه ثم اشتراه وأدى يجبر على القبول ويعتق لأنه تعليق محض فلا يقتصر على المجلس كما في التعليق بسائر الشروط وكما إذا قال متى أديت أو إذا أديت ، وجه الظاهر أن هذا بمنزلة التعليق بمشيئة العبد لتخيره بين الأداء والامتناع ولو قال إن شئت فأنت حر يتوقف به فكذا هذا بخلاف متى وإذا لأنهما للوقت على ما بينا في الطلاق قال رحمه الله (وعتق بالتخلية) ومعنى هذا الكلام أن العبد إذا أحضر المال بحيث يتمكن المولى من قبضه وخلى بينه وبين المال أجبره الحاكم ونزله قابضا بذلك وحكم بعتق العبد قبض أو لا وهو

---

(١) لم تحرم ما أحل الله لك

(٢) تبيين الحقائق، ١/٣٤٥

تفسير الإجبار في سائر الحقوق وقال زفر لا يجب على المولى القبول ولا يجبر عليه وهو القياس لأنه تعليق العتق بالشرط ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ويمكنه أن يبيعه قبل الأداء ولا يصير العبد أحق بأكسابه ولو أبرأه المولى لا يعتق ولا يعتبر إبراؤه ولو تبرع به غيره وأدى عنه لم يعتق ولو حط عنه البعض بطلبه وأدى الباقي لم يعتق ولو مات وترك مالا فهو للمولى ولو مات المولى لا يعتبر أداؤه إلى الورثة ولا يتبعه أولاده فإذا كان تعليقا فلا يجبر على الحنث كما إذا علقه بغيره من الشروط فإذا لم يقبل المولى لم يعتق لأن الشرط أداء متصل بقبوله لمكان قوله إلي فلا يتم بفعل العبد وحده بخلاف المكاتب لأن الكتابة معاوضة والبدل فيها واجب فاحتجنا إلى جعل المولى قابضا ليتخلص عن عهدة الوجوب ولنا أن هذا اللفظ باعتبار الصورة تعليق وباعتبار المقصود معاوضة لأنه حثه على اكتساب المال ورغبه في الأداء بما جعل له فيه من العتق وهذا معنى الكتابة وهذا المال عوض من وجه حتى لو طلقها بهذه الصفة كان لازما وكان الطلاق بائنا وما تردد بين أمرين يوفر حظه عليهما فوفرنا عليه حكم التعليق ابتداء في حق تلك الأحكام رعاية للفظ ودفعا للضرر عن المولى ووفرنا عليه حكم الكتابة في الآخرة فأجبرنا المولى على القبول دفعا لضرر الغرور عن العبد لأنه لم يتحمل المشقة في اكتساب المال إلا لينال شرف الحرية نظير الهبة بشرط العوض فإنه جعل هبة ابتداء حتى اعتبر التقابض في العوضين وبطل بالشيوع وجعل تبعا انتهاء حتى يرد بخيار العيب والرؤية عملا بالشبهين ولو أدى البعض يجبر على القبول

". (١)

" بين ما فيه تعامل وما لا تعامل فيه وأثبت فيه خيار الرؤية ولو قبض الثمن ملكه والمواعدة تجوز قياسا واستحسانا فيما فيه تعامل وما لا تعامل فيه ولا يثبت فيه خيار الرؤية ولا يملك به البدل في الحال فبطل ما قاله والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما للحاجة كطهارة المستحاضة وعكسه الماء المستحق بالعطش وقد تحققت الحاجة هنا إذ كل واحد لا يجد خفا مصنوعا يوافق رجله ولا خاتما يوافق أصبعه وقد يجوز بيع المعدوم للحاجة أصله بيع المنافع والمعقود عليه هو العين دون العمل عند الجمهور وقال أبو سعيد البرذعي : المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه والأديم فيه بمنزلة الآلة للعمل ولهذا يبطل بموت أحدهما والأول أصح ولهذا لا يشترط

---

(١) تبيين الحقائق، ٣/٩٤

أن يعلمه بعد العقد حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز وكذا لو عمل بعده وباعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز هذا كله . وكذا محمد رحمه الله قال : إذا جاء به مفروغا فللمستصنع الخيار لأنه اشترى ما لم يره سماه شراء وأثبت فيه خيار الرؤية وهو لا يثبت إلا في العين وإنما يبطل بموت أحدهما لأن للاستصناع شبها بالإجارة من حيث إن فيه طلب الصنع فلشبهه بالإجارة قلنا : يبطل بموت أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه ما ذكرنا من أحكام البيع وقيل : ينعقد إجارة ابتداء وبيعا انتهاء قبيل التسليم لأن البيع لا يبطل بموت أحدهما بل يستوفى من تركته والإجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا من أحكام البيع فجمعنا بينهما على التعاقب لتعذر جمعهما في حالة واحدة كما قلنا في الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء والمعنى فيه أن المستصنع طلب منه العين والدين فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الأمرين حظهما فإن قيل : إذا اعتبرتم فيه معنى الإجارة ومعنى البيع وجب أن يجبر كل واحد منهما على المضي ولا يخير قلنا : الإجارة تفسخ بالأعذار وهذا عذر لأن الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم فباعتباره كان للصانع فسخه وكذا البيع يثبت فيه خيار الرؤية فباعتباره يكون للمستصنع الفسخ لأنه اشترى ما لم يره على قول من قال بالتخيير ولأن الجواز للضرورة فيظهر في حقه ولا ضرورة في حق اللزوم فلا يظهر في حقه . قال رحمه الله (وله الخيار إذا رآه) أي للمستصنع الخيار إذا رأى المصنوع لأنه اشترى ما لم يره بخلاف السلم لأنه لا فائدة في إثبات الخيار فيه لأنه كلما رده عليه أعطاه غيره لكونه غير متعين إذ المسلم فيه دين في الذمة فيبقى فيها حتى يقبضه وهذا يفيد الفسخ لأنه يتعين بالإحضار ولا خيار للصانع لأنه باع ما لم يره وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضا لأنه يلحقه الضرر بقطع الصرم وعن أبي يوسف أنه لا خيار لواحد منهما أما الصانع فلما ذكرنا وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضرارا بالصانع فربما لا يرغب فيه غيره والصحيح أن للمستصنع الخيار دون الصانع لأنه المشتري لما لم يره والصانع بائع قال رحمه الله (وللصانع بيعه قبل أن يراه) لأنه لا يتعين إلا باختيار المستصنع وقبل أن يراه كان له أن يبيعه لعدم تعينه وإذا رآه ورضي به ليس له أن يبيعه لأنه بالإحضار أسقط خياره ولزم من جانبه فإذا رضي به المستصنع ثبت اللزوم في حقه أيضا . قال رحمه الله (ومؤجله سلم) أي إذا أجل المستصنع صار سلما وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف ومحمد : إن ضرب الأجل فيما فيه تعامل فهو استصناع وإن ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم لأن الاستصناع فيما لا تعامل فيه كالثياب ونحوه لا يجوز إجماعا فتعين حمله على السلم تحريا للجواز وأما فيما فيه تعامل كالخلف

ونحوه فيحتمل الوجهين لكن لفظ الاستصناع حقيقة فيه فكان محافظة قضيتها أولى ويحمل الأجل على الاستعجال لأنه محتمل يحتمل أن يكون ذكره للتعجيل ويحتمل أن يكون للاستمهال ولفظ الاستصناع محكم فيه فيحمل المحتمل عليه ولأن الاستصناع عقد جائز غير لازم فبذكر الأجل لا يكون لازما كعقد الشركة والمضاربة ولأن الأجل للترفيه وتأخير المطالبة فلا يخرج به العقد من جنس إلى جنس آخر ولو كان الاستصناع بذكر الأجل يصير سلما لكان السلم بدون ذكر الأجل استصناعا ولأنه لو كان بذكر الأجل سلما لكان فاسدا لأنه .

(١) ".

" التاريخ على ما نبينه من قريب إن شاء الله تعالى وكذا الشراء مع الصدقة في جميع ما ذكرنا من الأحكام لما بينا من المعنى ودعوى الهبة والصدقة مع القبض فيهما مستويان لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح للصدقة باللزوم لأن أثر اللزوم يظهر في ثاني الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والترجيح يكون بمعنى قائم في الحال ولأن الرجوع إنما امتنع لحصول المقصود بها وهو الأجر لا لقوة في السبب ولو حصل المقصود بالهبة لا يرجع أيضا كما إذا كانت لذي الرحم المحرم أو عوضه الموهوب له عنها والصدقة قد لا تكون لازمة بأن كانت لغني وهذا فيما لا يحتمل القسمة من غير خلاف لأن الشيوع لا يضره واختلفوا فيما يحتمل القسمة والأصح أنه لا يصح لأنه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كإقامة البينتين على الارتهان وقيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز بناء على أن هبة الواحد من اثنين جائز عندهما خلافا له وهذا لأن الملك يستفاد بقضاء القاضي وقضاؤه كهبة الواحد من اثنين وقيل يجوز بالإجماع لأن الشيوع طارئ إذ كل واحد منهما أثبت قبض الكل ثم حصل الشيوع بعد ذلك وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والأصح أنه لا يجوز بالإجماع لأنا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف يقضى له بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة من رجلين بالإجماع وهذا فيما إذا لم تؤقت البينتان ولم يكن مع واحد منهما قبض وأما إذا وقتتا فصاحب الوقت الأقدم أولى وإن لم يوقتا ومع أحدهما قبض كان هو أولى وكذا إن وقت صاحبه على ما بينا في الشراء من ذي اليد قال رحمه الله (والشراء والمهر سواء) يعني إذا ادعى أحدهما شراء عين من رجل وادعت امرأة أن ذلك الرجل تزوجها على ذلك العين

(١) تبيين الحقائق، ٤/١٢٤

فهما سواء لاستواء البينتين في القوة لأن كل واحد منهما عقد معاوضة ومثبت للملك بنفسه بخلاف الهبة والبيع على ما بينا ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن إن شاء وإن شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشراء أولى ولها على الزوج قيمة العين لأن العمل بالبينتين ممكن فيصار إليه إذ البينة من حجج الشرع والعمل بها مهما أمكن واجب وقد أمكن العمل بهما بتقديم الشراء إذ النكاح على عين مملوكة للغير جائز وتجب قيمته عند تعذر تسليمها بخلاف العكس لأن تقدم النكاح مبطل للبيع إذ لا يجوز بيع ملك الغير من غير إجازة المالك قلنا المقصود من السبب حكمه وحكم النكاح ملك المسمى فيه ومتى قدر متأخرا لم يوجب حكمه فلا يصار إليه كما لا يصار إلى تأخر الشراء فيجعل كأنهما وقعا معا وهما سواء في إفادة ملك العين فلا يقدم أحدهما على الآخر كدعوى الشراء منهما بل القياس أن يكون النكاح أولى من الشراء لأنه أقوى ألا ترى أنه يفيد ملك العين والتصرف بنفس العقد ولا يبطل بالهلاك قبل التسليم إلا أنا سوينا بينهما لما ذكرنا ولأن فيما قاله محمد رحمه الله إثبات تاريخ لم يشهد به أحد وهو لا يمكن إثباته إلا بحجة قال رحمه الله (والرهن أحق من الهبة) يعني لو ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا من صاحب اليد وأقاما البينة ولم يكن مع واحد منهما تاريخ ولا قبض كان الرهن أولى وهذا استحسان والقياس أن تكون الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت البينة المثبتة للزيادة أولى وهذا رواية كتاب الشهادات ، وجه الاستحسان أن الرهن مضمون والهبة أمانة والمضمون أقوى فكان أولى بخلاف **الهبة بشرط** العوض لأنها بيع انتهاء والبيع أولى لكونه عقد ضمان يثبت الملك

". [1]

" وقال الشافعي لا يجوز مع الإنكار والسكوت لما روينا ، وهذا بهذه الصفة لأن البدل كان حلالا للدافع حراما على الآخذ فبالصلح ينعكس الأمر فيكون حراما على الدافع حلالا على الآخذ ، أو نقول إن المدعي إن كان محقا كان أخذ المدعى حلالا له قبل الصلح وحرم عليه بالصلح ، وإن كان مبطلا فقد كان أخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح وحل له بالصلح فصار صلحا أحل حراما ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه ، وهذا رشوة فإذا كان التمليك رشوة كان التملك قبول

(١) تبيين الحقائق، ٤/٣١٨

الرشوة إذ لا يملك إلا من الجهة التي ملك فيكون المدعى عليه دافعا لدفع الظلم والمدعي آخذا لترك الظلم قلنا ليس هذا بمراد النبي صلى الله عليه وسلم لأن ذلك موجود في الصلح مع الإقرار أيضا لأن الصلح يقع عادة على ما دون حقه فما زاد على المأخوذ إلى تمام حقه كان حلالا للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم عليه بالصلح ، وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وحل له ذلك بعد ولو كان المراد هذا المعنى لما صح مطلقا بل البيع أيضا يكون حراما بهذا الاعتبار لأن كل واحد من المتبايعين ماله كان حلالا له قبل البيع ويحرم عليه بالبيع ، وكذا سائر العقود المشروعة فيؤدي هذا إلى تحريم أسباب الملك بأسرها ، وإنما مراده عليه الصلاة والسلام أن يستباح بالصلح ما ليس بمباح شرعا أو يحرم ما ليس بحرام ، وذلك مثل أن يصالح على الخمر والخنزير أو تصالح إحدى الضرتين زوجها على أن لا يطأ الأخرى أو أمته فتحرم عليه على زعمهم بالصلح ، وهذا ظاهر لأنه عليه الصلاة والسلام ذكر الحرام والحلال مطلقا والمطلق منهما ينصرف إلى الكامل ، وذلك بأن يكون حراما أو حلالا لعينه وقوله رشوة وتملكه قبول للرشوة إلى آخره لا يسلم بل هو في زعم المدعي هو عين حقه أو بدله فهو حلال له أخذه وأكله وفي حق المدعى عليه لافتداء اليمين ودفع الشر عن نفسه ، وهو أيضا حلال له لأن المال لم يخلق إلا لذلك ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله إن أجوز ما يكون من الصلح الصلح على الإنكار لأن معنى الصلح فيه يتحقق على التمام ، وهو قطع المنازعة والخصومة والفساد الذي يتولد منها وأما مع الإقرار فلا يؤخذ فيه معنى الصلح على التمام إذ ليس فيه منازعة حتى يحتاج فيه إلى الصلح بل هو استيفاء لبعض حقه وإسقاط للباقي إن أخذ بعض حقه من جنسه ، وإن أخذ من خلافه فهو بيع عن طوع منه واختيار ، ولو قلنا إنه رشوة فهي جائزة للدافع لدفع الظلم عن نفسه وما جاء فيه من الذم من قوله عليه الصلاة والسلام ﴿ لعن الله الراشي والمرتشي ﴾ المراد به إذا كان هو الظالم فيدفعها إلى بعض الظلمة من ولاة الأمور يستعين به على الظلم بالرشوة وأما لدفع الضرر عن نفسه فلا شبهة فيه حتى روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه أجاز ذلك للوصي من مال اليتيم أيضا لدفع الضرر عن اليتيم ، ألا ترى أن الخضر عليه السلام خرق السفينة كي لا يأخذها الظالم وما كان مراده بذلك إلا الإصلاح ، والله يعلم المصلح من المفسد ، وقوله إذ لا يملكه إلا من الجهة التي ملك قلنا لا نسلم اتحاد جهة التمليك والتملك بل قد تختلف الجهة بينهما كمن أقر بعتق عبد غيره ثم اشتراه فإنه بيع في حق البائع حتى يجبر المشتري على الثمن فداء في حق المشتري إذ لا بيع بينهما على زعمه ، وقبلة كل واحد من الجماعة في التحري ما أدى إليه اجتهاده ، والخلع يمين في حقه معاوضة في حقها ، وكذا

الفسخ بالإقالة فإنها بيع في حق ثالث فسخ في حق المتعاقدين . قال رحمه الله (فإن وقع عن مال بمال بإقرار اعتبر بيعا) لأن معنى البيع قد وجد فيه ، وهو مبادلة المال بالمال عن تراض فتجري فيه أحكام البيوع ، وهذا لأن الأصل في الصلح أن يحمل على أشبه العقود له فتجري عليه أحكامه لأن العبرة للمعاني دون الصور ولهذا جعلت **الهبة بشرط** العوض بيعا ، والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل كفالة ثم إذا وقع عن مال بمال ينظر فإن وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء كما ذكرنا هنا ، وإن وقع على جنسه فإن كان بأقل من المدعى فهو حط وإبراء ، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء ، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا قال رحمه الله (فتثبت فيه الشفعة والرد

" . (١)

" فيه قبض الواهب ويصح في الشائع بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن حقه فيه في وصف السلامة لا في الفسخ ، ولهذا لو زال العيب امتنع الرد لوصول حقه إليه لكن إذا لم يكن سليما فات رضاه فيرجع بالعوض ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير أن يثبت حقه في الفسخ فإذا لم يكن له حق في الفسخ لم يصر مستوفيا حقه فيكون ملكا مبتدأ ضرورة غير أنه إذا حكم القاضي بالرد عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسخا لعموم ولايته ولا كذلك المتعاقدان لأنهما لا ولاية لهما إلا على أنفسهما ، وإنما اعتبر رده في المرض من الثلث لأن حق الورثة تعلق بجميع ماله فلا يقدر أن يبطله باختياره وإن أبطله رد عليه كيفما كان استحسانا وفي القياس أن لا يرد ذكره ابن سماعة . قال رحمه الله (فإن تلفت الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لأن الهبة عقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرر بخلاف الوديعة لأن المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لأن عقد المعاوضة يقتضي السلامة فيكون كل واحد منهما ملتزما لوصف السلامة بالإقدام على العقد فإذا لم يسلم له صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بما لحقه . قال رحمه الله (**والهبة بشرط** العوض هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع بيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) ، وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لأنهما أتيا بمعنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ . ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة وهبة

---

(١) تبيين الحقائق، ٣١/٥

الدين لمن عليه إبراء وبيع العبد من نفسه إعتاق وهبة المنفعة بالعوض إجارة والإعارة بعوض إجارة ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه فتجري فيه أحكام الهبة وانتهاؤه معتبرا بمعناه فتجري فيه أحكام البيع كالهبة في المرض فإن ظاهره تمليك في الحال تبرعا ومعناه معنى الوصية لما فيه من إبطال ما تعلق به حق الورثة فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يشترط فيه القبض ويبطل بالشيوع فيما يحتمل القسمة ويوجب الملك عند القبض في الحال ويعتبر انتهاؤه بمعناه حتى ينفذ من الثلث بعد الدين لأن الألفاظ لا يجوز إلغاؤها مع إمكان العمل بها وقد أمكن فيما نحن فيه ولا تنافي بين حكميهما لأن حكم البيع قد يكون متراخيا باشتراط الخيار لأحدهما وفي البيع الفاسد فيكون موافقا لحكم الهبة من حيث تأخيره إلى القبض ، والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع بما ذكرنا من الموانع للرجوع بخلاف المسائل المستشهد بها فإن العمل فيها بالمعنيين غير ممكن للتضاد بين الحكمين فتعين إلغاء اللفظ والعمل بالمعنى ، ولو وهب الأب مال ابنه الصغير بشرط العوض لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لأنه تبرع ابتداء وهو لا يملك التبرع بماله ، وقال محمد رحمه الله يجوز لأنه بيع انتهاء على ما بينا . (فصل) قال رحمه الله (ومن وهب أمة إلا حملها أو على أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو دارا

". (١)

" على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها صحت الهبة وبطل الاستثناء والشرط) لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة . ألا ترى ﴿ أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل الشرط ﴾ وهذه كلها شروط فاسدة أما في غير استثناء الحمل فظاهر ، وأما في استثناء الحمل فلأن الاستثناء تصرف لفظي لا يعمل إلا فيما تناوله اللفظ والحمل لم يدخل تحت اللفظ ، وإنما هو وصف للجارية فكان تبعا لها فلا يصح استثناؤه على ما بينا في الإقرار فانقلب شرطا فاسدا وهو لا يؤثر في الهبة فيصح ويدخل الحمل تبعا لها وهذا هو الحكم في كل معاوضة مال بغير مال كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد بخلاف المعاوضات المالية لأنه عليه الصلاة والسلام ﴿ نهي عن بيع وشرط ﴾ ولأن الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والشروط تفسد الحكمي لا الحسي بل الشروط نفسها تبطل ، ولو أعتق ما في بطنها ،

---

(١) تبيين الحقائق، ١٠٢/٥

ثم وهبها جازت الهبة في الأم لأن الجنين غير مملوك له واشتغال بطنها به لا يوجب الفساد كما إذا وهب أرضه وفيها ابنه بخلاف ما إذا دبر الحمل ، ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة لأن ملكه فيه باق ولا يمكن إدخاله في الهبة لأن المدبر لا يقبل النقل من ملك إلى ملك ولا يمكن تصحيح الهبة في الأم بدونه لأنها مشغولة به فصار نظير هبة النخل بدون الثمر أو الجوالق بدون الدقيق من حيث إن كل واحد منهما يمنع القبض بخلاف البيع حيث لا يجوز في الفصول كلها فصل الاستثناء والعتق والتدبير وبخلاف الوصية حيث تجوز في الأم دون الحمل وفي الحمل دون الأم لأن بابها أوسع على ما بينا في البيوع ، وقوله على أن يعوضه شيئا منها فيه إشكال فإنه إن أراد به **الهبة بشرط** العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشروط وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئا من

". (١)

"* ولا تصح الهبة مؤقتة ، كأن يقول : وهبتك كذا شهرا أو سنة ؛ لأنها تمليك للعين ، فلا تقبل التوقيت ؛ كالبيع ، لكن يستثنى من التعليق **تعليق الهبة** بالموت ؛ كأن يقول : إذا مت ، فقد وهبتك كذا وكذا ، وتكون وصية تأخذ أحكامها .* ولا يجوز للإنسان أن يهب لبعض أولاده ويترك بعضهم أو يفضل بعضهم على بعض في الهبة بل يجب عليه العدل بينهم ، بتسوية بعضهم ببعض ، لحديث النعمان بن بشير : أن أباه أتى به النبي صلى الله عليه وسلم لما نحله نحلة ليشهد عليها النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أكل ولدك نحلت مثل هذا ؟ . فقال : لا . فقال : " أرجعه " . ثم قال : اتقوا الله ، واعدلوا بين أولادكم متفق عليه ، فدل على وجوب العدل بين الأولاد في العطية ، وأنها تحرم الشهادة على تخصيص بعضهم أو تفضيله تحملا وأداء إن علم ذلك .* وإذا وهب الإنسان هبة وقبضها الموهوب له ، حرم عليه الرجوع فيها وسحبها منه ، لحديث ابن عباس مرفوعا : " العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه " فدل هذا على تحريم الرجوع في الهبة ؛ إلا ما استثناه الشارع ، وهو الأب ؛ فله أن يرجع فيما وهبه لولده ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها ، إلا الوالد فيما يعطي ولده رواه الخمسة وصححه الترمذي .." (٢)

---

(١) تبيين الحقائق، ١٠٣/٥

(٢) الملخص الفقهي، ١١٧/٢

"" صفحة رقم ١٧٧ " التكملة :منقولهم ضعيف السند ، والتحية رد السلام ، وبنوا كلامهم علىدعويين : إحداهما : أن كل هبة تقتضي بحكم الحال عوضا ، والأخرى :أن العوض لم يسلم له ، وهما ممنوعان ، فإن الهبة لو اقتضت عوضابطلت دون تفضيل العوض ، كما لو ذكر عوضا مجهولا ثم لو كان كمازعموا كانت الهبة بيعا ، والبيع تمليك ببدل وهذا تمليك بغير بدل ، وتنعقد**الهبة بشرط** الثواب بيعا على رأي كما ينعقد البيع بغير ثمن هبة على رأي ،وبالجملة لو كانت الهبة تبتني على العوض بقرينة الحال لكانت كلفظالبيع دون تعريف العوض مفسد ، ومهما أكل المتهب من الموهوبفقد فات العوض فليطالب بقيمته ، ثم العاقل لا يهب درهما طمعا." [١]

"فرع : أعطى آخر دراهم ليشتري بها عمامة مثلا ، ولم تدل قرينة حاله على أن قصده مجرد التبسط المعتاد لزمه شراء ما ذكر وإن ملكه لأنه ملك مقيد يصرفه فيما عينه المعطي ، ولو مات قبل صرفه في ذلك انتقل لورثته ملكا مطلقا كما هو ظاهر لزوال التقييد بموته ، كما لو ماتت الدابة الموصى بعلفها قبل التصرف فيه ، فإنه يتصرف فيه مالكها كيف شاء ولا يعد لورثة الموصي ، أو بشرط أن يشتري بها ذلك بطل الإعطاء من أصله ، لأن الشرط صريح في المناقضة لا يقبل تأويلا بخلاف غيره اهـ تحفة.(مسألة : ي) : لا يصح **تعليق الهبة** كوهبته قبل موتي بساعة ، كما لا يصح توقيتها إلا في مسائل العمرى والرقبى فيصح وتتأبد ، ولا مع شرط كأن لا يزيله عن ملكه.(مسألة : ب) : لا تجب التسوية في عطية الأولاد ، سواء كانت هبة أو صدقة أو هدية أو وقفا أو تبرعا آخر ، نعم يسن العدل كما يسن في عطية الأصول ، بل يكره التفضيل ، وقال جمع : يحرم سواء الذكر وغيره ولو في الأحفاد مع وجود الأولاد إلا لتفاوت حاجة أو فضل فلا كراهة ، فإن كان ذلك وصية فلا بد من إجازة بقيتهم.(مسألة : ج) : أعطى بناته عطايا على سبيل البتول والنحلة وهن تحت حجره وكل يعرف عطيته ، ثم مات المعطي فأنكر بقية الورثة العطية ، فإن أقامت البنات بينة بالإعطاء حال الصحة وأنها باقية تحت يده على اسمهن استحقين ذلك ، وإلا فعلى الورثة يمين بأنهم لا يعلمون لهن شيئا من ذلك كله ولا بعضه.فائدة : أفتى العلامة عبد الرحمن الأهدل ووافقوه فيما لو ألبس الزوج امرأته حليا وحريرا للتجمل ولم يصدر منه تمليك ولا قصده بأنه يكون باقيا على ملك الزوج ووارثه

---

(١) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ١٧٧/٣

بعده ، ولا تملكه بمجرد ذلك كما في التحفة والقلائد ، كما لو ألبس الصبي حليا أو حريرا بلا قصد اهـ.." [1]

"وإن كانت الزيادة متصلة ، فإنها لا تمنع الرجوع عند الشافعية ويرجع بالزيادة . أما عند الحنابلة والحنفية : فإن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع في الهبة . وإذا نقصت الهبة في يد الواهب فإنها لا تمنع الرجوع ، وللواهب أن يستردها من غير أرش ما نقص (١) .**والهبة بشرط** ثواب معلوم تصح ، فإن كان الثواب مجهولا لم تصح ، كما يقول الحنابلة والشافعية ، وصارت كالبيع الفاسد ، وحكمها حكمه ، وترد بزوائدها المتصلة والمنفصلة ؛ لأنها نماء ملك الواهب (٢) .ومذهب المالكية يجيز للأب ، ولمن وهب هبة لثواب الرجوع فيها ، إذا كانت قائمة بعينها ، فإن حدث فيها تغيير بزيادة أو نقص فلا تسترد ، أو كان الولد الموهوب له تزوج لأجل الهبة ، فذلك يمنع الرجوع فيها (٣) .الثاني : الإتلاف بواسطة المستحق : ٢٦ – يعتبر إتلاف المالك ما يستحقه عند واضع اليد عليه استردادا له ، فالطعام المغصوب إذا أطعمه الغاصب لمالكه ، فأكله عالما أنه طعامه برئ الغاصب من الضمان ، واعتبر المالك مستردا____________(١) الهداية ٣ / ٢٢٧، والزيلعي ٥ / ٩٨، ومنتهى الإرادات ٢ / ٥٢٦، ومغني المحتاج ٢ / ٤٠٣ (٢) مغني المحتاج ٢ / ٤٠٥، والمهذب ١ / ٤٥٤، ٤٥٥، ومنتهى الإرادات ٢ / ٥١٨، ٥١٩ (٣) منح الجليل ٤ / ١٠٦." [2]

"القواعد تترك بالتعامل ، كما في الاستصناع . (١) ٣ – وذهب أبو شجاع وعلي السغدي والقاضي أبو الحسن الماتريدي من الحنفية إلى : أن بيع الوفاء رهن وليس ببيع ، فيثبت له جميع أحكام الرهن فلا يملكه المشتري ولا ينتفع به ، ولو استأجره لم تلزمه أجرته ، كالراهن إذا استأجر المرهون من المرتهن ، ويسقط الدين بهلاكه ولا يضمن ما زاد عليه ، وإذا مات الراهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء .وحجتهم في ذلك : أن العبرة في العقود للمعاني ، لا للألفاظ والمباني . ولهذا كانت **الهبة بشرط** العوض بيعا ، وكانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، وأمثال ذلك كثير في الفقه .وهذا البيع لما شرط فيه أخذ المبيع عند رد الثمن كان رهنا ، لأنه هو الذي يؤخذ عند أداء الدين . (٢) ٤ – قال ابن عابدين : في بيع الوفاء قولان :الأول : أنه بيع صحيح مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به ، إلا أنه لا يملك المشتري

(١) بغية المسترشدين في تلخيص فتاوى بعض الأئمة من العلماء المتأخرين، ص/٣٦٧

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية، ٢٩٢/٣

بيعه ، قال الزيلعي في الإكراه : وعليه الفتوى .الثاني : القول الجامع لبعض المحققين : أنه فاسد في حق بعض الأحكام حتى ملك كل______________(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٥ / ١٨٤ ، والبحر الرائق ٦ / ٨ ، والفتاوى الهندية ٣ / ٢٠٨ - ٢٠٩ ، وابن عابدين ٤ / ٢٤٦ - ٢٤٧ ، ومغني المحتاج ٢ / ٣١ ، ونهاية المحتاج ٣ / ٤٣٣ ، وبغية المسترشدين ص ١٣٣ ، والإقناع ٣ / ٥٨ . (٢) تبيين الحقائق ٥ / ١٨٣ ، والبزازية بهامش الهندية ٤ / ٤٠٥ .." [1]

"الهبة بشرط العوض ٢٠ - ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة وهو الأصح عند الشافعية) إلى أنه إذا كانت الهبة بشرط العوض ، فإن تقابضا وجبت الشفعة ؛ لوجود معنى المعاوضة عند التقابض عند الحنفية ورأي للشافعية ، وإن قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، وعند زفر تجب الشفعة بنفس العقد وهو الأظهر عند الشافعية (١) .الشفعة مع شرط الخيار :٢١ - اتفق الفقهاء على أنه إن كان الخيار للبائع وحده أو للبائع والمشتري معا فلا شفعة حتى يجب البيع ؛ لأنهم اشترطوا لجواز______________(١) البدائع ٦ / ٢٦٩٦ ، ٢٧٠١ ، المبسوط ١٤ / ١٤١ ، الهداية ٩ / ٤٠٧ ، وشرح الكنز ٥ / ٢٥٣ ، ابن عابدين ٦ / ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، والدسوقي ٢ / ٤٧٥ ، ٤٨٢ ، وما بعدها ، بداية المجتهد ٢ / ٢٥٦ ، والخرشي ٦ / ١٧٠ ، ومغني المحتاج ١ / ٢٩٨ ، ٢٩٩ ، وفتح العزيز ١١ / ٤٠٨ ، ٤٢٥ ، ونهاية المحتاج ٥ / ١٩٨ ، والمغني ٥ / ٤٦٨ ، ٤٧١ ، والمقنع ٢ / ٢٥٨ و ٢٧٢ - ٢٧٤ .." [2]

"وحجة هذا القول : أن الهبة بشرط العوض تقع تبرعا ابتداء ، ثم تصير بيعا في الانتهاء ، بدليل أنها لا تفيد الملك قبل القبض ، ولو وقعت بيعا من حين وجودها لما توقف الملك فيها على القبض ، لأن البيع يفيد الملك بنفسه ، فدل على أنها وقعت تبرعا ابتداء ، وتبرع هؤلاء ممنوع فلم تصح الهبة حين وجودها ، ولا يتصور أن تكون بيعا ، فالأصل عند أبي حنيفة وأبي يوسف : أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة بعوض وبغيره .الثاني : تجوز هبة الأب مال ابنه الصغير مع شرط العوض ، وبه قال محمد بن الحسن الشيباني .وذلك بناء على أن الأصل عنده : أن من يملك البيع يملك الهبة بعوض . فالهبة تمليك ، فإذا شرط فيها العوض كانت تمليكا بعوض ، وهو تفسير البيع ، ولا عبرة باختلاف العبارة بعد اتفاق

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية، ٢٦١/٩

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية، ١٤٥/٢٦

المعنى كلفظ البيع ولفظ التمليك (١) وذهب المالكية إلى جواز هبة الأب مال ابنه بشرط العوض (٢) .ـــــــــــــــــــ(١) بدائع الصنائع ٦ / ١١٨ . (٢) الخرشي ٧ / ١٢٠ ، وحاشية الدسوقي ٤ / ١٠١ ، وحاشية العدوي على الخرشي ٧ / ١٠٣ .." [1]

"٢٩ - وقد اختلف الفقهاء في تراخي القبول :فذهب المالكية في ظاهر مذهبهم إلى جواز تراخي القبول عن الإيجاب (١) .وقال الحنابلة : يصح تراخي القبول ما داما في المجلس ولم يثبت ما يفيد قطعه والإعراض عنه (٢) .أما الشافعية فإنهم يشترطون اتصال القبول بالإيجاب كالبيع (٣) .والظاهر أن هذا رأي زفر أيضا ؛ لأنه عد القبول ركنا في الصيغة ، فلا يصح بعد المجلس .كما يشترط في القبول أن يكون موافقا للإيجاب ، فيقع على ما كان إيجاب الواهب عينه هبة .**تعليق الهبة** وإضافتها : ٣٠ - الهبة المعلقة على شرط : هي الهبة التي اقترن بصيغتها ما يعلق إيجابها على شرط ممكن غير موجود ، كقوله : إذا نجحتـــــــــــــــــــ(١) الخرشي ٧ / ١٠٤ . (٢) الإنصاف ٧ / ١١٩ . (٣) مغني المحتاج ٢ / ٣٩٧ .." [2]

"وهبتك ساعتي . فإن الهبة تكون معلقة على أمر متردد بين الوجود وعدمه .والعقد المعلق على شرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط الذي علق عليه ؛ لأنه لو ثبت التصرف قبل وجود الشرط لاستوجب ذلك وجود المشروط بدون الشرط ، وذلك محال .وإذا كان ما علقت الهبة عليه وقتا مستقبلا ، كرأس الشهر الآتي ، أو الأسبوع القادم ، كانت الهبة مضافة إلى المستقبل .ولما كانت الهبة من عقود التمليكات ، وإن مقتضى التمليك هو الجزم والتنجيز ؛ لذلك فقد منع فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة في المعتمد **تعليق الهبة** أو إضافتها إلى المستقبل ؛ لأن الهبة تمليك في الحال ، والتعليق والإضافة تنافيه (١) .أما فقهاء المالكية فإنهم وإن كان الأصل عندهم - كما ضبطه القرافي - أن التمليكات لا تقبل التعليق لأن طريقها الجزم - إلا أنهم يذهبون إلى أن الوعد في التبرعات إذا كان على سبب ودخل الموعود له بسبب الوعد في شيء علىـــــــــــــــــــ(١) بدائع الصنائع ٦ / ١١٨ ، والمغني والشرح ٦ / ٢٦٤ ، والإنصاف ٧ /

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية، ١٢٣/٤٢

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية، ١٣٦/٤٢

١٣٣ ، ومنهج الطلاب مع البجيرمي ٣ / ٢١٦ ، وشرح منهج الطلاب على حاشية الجمل ٣ / ٥٩٥ ، والغاية القصوى ٢ / ٦٥١ .." [١]

"العمرى والرقبى : ٣٢ - يتفق الفقهاء على أن توقيت الهبة لا يجوز ، لكنهم تكلموا في باب الهبة عن العمرى والرقبى كصورة من صور توقيت الهبة بالعمر أو بموت أحدهما .وتفصيل ذلك في مصطلحي (رقبى ف ٤ ، عمرى ف ٦) .**الهبة بشرط** العوض : ٣٣ - الأصل في الهبة أنها من عقود التبرعات أي أن الموهوب له لا يعوض الواهب شيئا عما وهبه له .إلا أنه لو صدرت الهبة من الواهب مقترنة بشرط العوض مقابل الشيء الموهوب ، كما لو قال الواهب : وهبتك هذا الشيء على أن تثيبني أو تعوضني فهل يصح مثل هذا الشرط ؟ للفقهاء فيه قولان :القول الأول : يصح هذا الشرط وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة في المذهب والشافعية في الأظهر .وحجتهم ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها (١) .______________(١) حديث : " الواهب أحق بهبته . . . " . أخرجه الدارقطني (٣ / ٤٤ ط دار المحاسن) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٦ / ١٨١ ط دائرة المعارف) وقال : فيه إبراهيم بن إسماعيل ضعيف .." [٢]

"أما الشافعية في المذهب فيرون أن الهبة باطلة إذا كان العوض مجهولا ، لتعذر صحته بيعا لجهالة العوض ، ولتعذر صحته هبة لذكر الثواب بناء على أنها لا تقتضيه ، وقيل : يصح هبة بناء على أنها تقتضيه (١) وعن أحمد : أن **الهبة بشرط** عوض مجهول صحيحة ، فإذا أعطاه الموهوب له عوضا رضيه ، لزم العقد بذلك .ولو تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان ولم يثبه منها ، فقال الإمام أحمد : لا أرى عليه نقصان ما نقص عنده إذا ردها إلى الواهب إلا أن يكون ثوبا لبسه أو دابة استعملها ، فأما غير ذلك إذا نقص فلا شيء عليه .لكن المرداوي في الإنصاف أورد أن **الهبة بشرط** عوض مجهول غير صحيحة ، وهو المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب . وعن أحمد أنه قال : يرضيه بشيء فيصح ، وذكر هذه الرواية الشيخ تقي الدين وقال الحارثي : هذا هو المذهب (٢) .ويرى الحنفية أن **الهبة بشرط** العوض

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية، ١٣٧/٤٢

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية، ١٣٩/٤٢

يراعى______________(١) مغني المحتاج ٢ / ٥٠٤ ، والمغني مع الشرح ٦ / ٣٠٠ (٢) الإنصاف ٧ / ١١٧ ، والمغني مع الشرح ٦ / ٢٩٩ – ٣٠٢ .." [1]

"فيها حكم الهبة قبل القبض والبيع بعده ، فإذا وقعت **الهبة بشرط** العوض المعين فهي هبة ابتداء وبيع انتهاء .أما لو كان العوض مجهولا بطل اشتراطه ، فيكون هبة ابتداء وانتهاء ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة (١) .ويرى المالكية أنه إذا كان الثواب غير معين ولم يحصل قبض ، فإن الهبة لا تلزم الواهب ، أما إذا قبض الموهوب له الهبة فإنها تكون لازمة بالنسبة للواهب ، أما الموهوب له فإنها لا تلزم في حقه ؛ ولذلك له أن يردها بعينها ، فإن فاتت عنده بزيادة أو نقص وجب عليه دفع القيمة (٢) .تكييف **الهبة بشرط** العوض : ٣٥ – اختلف الفقهاء في التكييف الفقهي **للهبة بشرط** العوض على أقوال :القول الأول : ذهب المالكية والشافعية في الصحيح وهو المذهب عند الحنابلة وزفر من الحنفية إلى أن **الهبة بشرط** العوض بيع ابتداء وانتهاء وتثبت فيها أحكام البيع ، فلا يبطل______________(١) الاختيار ٣ / ٥٣ ، والدر المختار ٢ / ٥١٩ ، وتكملة فتح القدير ٩ / ٥٠ . (٢) الخرشي ٧ / ١١٧ ، وحاشية الدسوقي ٤ / ١١٤ .." [2]

"بالشيوع ، ويفيد الملك بنفسه من غير شرط القبض ، ولا يملكان الرجوع عن التصرف .وحجة هذا القول عند زفر : أن معنى البيع موجود في هذا العقد ؛ لأن البيع تمليك العين بعوض وقد وجد ، إلا أنه اختلفت العبارة ، واختلافها لا يوجب اختلاف الحكم ، كحصول البيع بلفظ التمليك (١) .القول الثاني : يرى أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف ومحمد وهو قول عند كل من الشافعية والحنابلة : أن **الهبة بشرط** العوض عقد هبة ابتداء بيع انتهاء إذا حصل التقابض من الطرفين ، قال الحنفية : وبناء عليه فإنه قبل القبض من الطرفين لا يجوز هبة المشاع الذي ينقسم ولا يثبت الملك في كل واحد منهما ، ولكل واحد منهما أن يرجع ما لم يتقابضا ، وكذلك لو قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فإن لكل منهما أن يرجع ، القابض وغير القابض فيه سواء حتى يتقابضا جميعا .______________(١) الخرشي ٧ / ١١٧ ، والحطاب ٦ / ٦٦ – ٦٧ ، وحاشية الدسوقي ٤ / ٤١١ ، والقوانين الفقهية ص ٣١٥ ، وبداية المجتهد ٢ / ٢٤٨ ، والزرقاني

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية، ٤٢/١٤٠

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية، ٤٢/١٤١

٧ / ١٠٧ ، والمهذب ١ / ٤٤٧ ، ومغني المحتاج ٢ / ٤٠٤ ، والمغني مع الشرح الكبير ٦ / ٢٩٩ ، والإنصاف ٧ / ١١٦ ، المبسوط ١٢ / ٧٥ ، وتكملة فتح القدير ٧ / ١٣٣ ، والبدائع ٦ / ٣٢ .." [1]

"أما إذا تقابضا فإن الهبة بعوض تكون بمنزلة البيع ، فلكل منهما أن يرد بالعيب وعدم الرؤية ، ويرجع في حالة الاستحقاق ، وتجب الشفعة إذا كان غير منقول ، وهذه كلها أحكام بيع . لكن ابن نجيم يذكر أنه : لو أكره على **الهبة بشرط** العوض كان بيعا ابتداء وانتهاء (١) .وحجتهم فيما ذهبوا إليه أنه قد وجد في هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع فيعمل بالشبهين قدر الإمكان ، فيعتبر فيه القبض والحيازة عملا بشبه الهبة ، ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية وحق الشفعة عملا بشبه البيع (٢) .القول الثالث : نقل أبو الخطاب عن الإمام أحمد أن **الهبة بشرط** العوض يغلب فيها حكم الهبة . فلا تثبت فيها أحكام البيع الخاصة .وانتصر الحارثي لهذا القول وقال : وهو الصحيح ، وفسر القاضي هذا الرأي قائلا : **الهبة بشرط** العوض ليست بيعا ، وإنما الهبة تارة تكون تبرعا ، وتارة تكون بعوض ، وكذلك______________(١) البحر الرائق ٧ / ٣٢٢ ، والإنصاف ٧ / ١١٦ ، ومغني المحتاج ٢ / ٤٠٥ . (٢) المبسوط ١٢ / ٧٥ ، وبدائع الصنائع ٦ / ٣٢ ، وتكملة فتح القدير ٧ / ١٣٣ ، وحاشية ابن عابدين ٤ / ٥٣٩ .." [2]

"وفي البزازية : أنت وكيلي في كل شيء جائز أمرك ، ملك الحفظ والبيع والشراء ، ويملك الهبة والصدقة حتى إذا أنفق على نفسه من ذلك المال جاز حتى يعلم خلافه من قصد الموكل، وعن الإمام أبي حنيفة تخصيصه بالمعاوضات ولا يلي العتق والتبرع، وعليه الفتوى . وكذا لو قال طلقت امرأتك ووهبت ووقفت أرضك ، في الأصح لا يجوز، وفي الذخيرة أنه توكيل بالمعاوضات لا بالإعتاق والهبات، وبه يفتى ا . هـ .وفي الخلاصة كما في البزازية .والحاصل أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شيء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة على المفتى به، وينبغي أن لا يملك الإبراء والحط عن المديون لأنهما من قبيل التبرع وأنه لا يملك التبرع، وظاهره أنه يملك التصرف في مرة بعد أخرى، وهل له الإقراض **والهبة بشرط** العوض . فإنهما بالنظر إلى الابتداء تبرع فإن القرض عارية ابتداء، معاوضة انتهاء، **والهبة بشرط** العوض

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية، ٤٢/١٤١

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية، ٤٢/١٤٢

هبة ابتداء معاوضة انتهاء ، وينبغي أن لا يملكهما الوكيل بالتوكيل العام لأنه لا يملكهما من يملك التبرعات، ولذا لا يجوز إقراض الوصي مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض." (١)

"ولا تجوز **الهبة بشرط** أصلا...١٦٢٧ – مسألة: ولا تجوز **الهبة بشرط** أصلا، كمن وهب على أن لا يبيعها الموهوب، أو على أن يولدها، أو غير ذلك من الشروط: فالهبة بكل ذلك باطل مردودة، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وكل ما لا يعقد إلا بصحة ما لا يصح فلم يقع فيه عقد به.." (٢)

"ملكه بخلاف خلقه وبالله تعالى التوفيق * وقد فرق مخالفونا بين الهبة والصدقة فبعضهم أجاز الصدقة غير مقبوضة ولم يجز الهبة الا مقبوضة وبعضهم أجاز الرجوع في الهبة ولم يجزه في الصدقة ويكفى من هذا كله أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل الهبة والعطية ويأكل الهدية ولا يأكل الصدقة وحرمت عليه الصدقة وعلى آله ولم يحرم عليهما العطايا ولا الهبات وبالله تعالى التوفيق * ١٦٢٧ مسألة ولا تجوز **الهبة بشرط** أصلا كمن وهب على أن لا يبيعها الموهوب أو على أن يولدها أو غير ذلك من الشروط فالهبة بكل ذلك باطل مردودة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وكل ما لا يعقد الا بصحة ما لا يصحفلم يقع فيه عقد به * ١٦٢٨ – مسألة ولا تجوز هبة يشترط فيها الثواب أصلا وهى فاسدة مردودة لان هذا الشرط ليس في كتاب الله عزوجل فهو باطل بل في القرآن المنع منه بعينه قال الله عزوجل: (ولات منن تستكثر) وهو قول جمهور من السلف * روينا من طريق محمد ابن الجهم نا يحيى الجبابى نا محمد بن عبيد نا محمد بن ثور عن معمر عن قتادة عن ابن عباس في قول الله تعالى: (وما آتيتم من ربا) قال: هو هدية الرجل أو هبة الرجل يريد أن يثاب أفضل منه فذلك الذى لا يربو عند الله ولا يؤجر عليه صاحبه ولا اثم عليه * قال على: هذا إذا أراده بقلبه وأما إذا اشترطه فعين الباطل والاثم * ومن طرق ابن الجهم نا محمد بن سعيد العوفى نا أبى سعيد بن محمد بن الحسن حدثنى عمى الحسين بن الحسن بن عطية حدثنى أبى عن أبيه عن ابن عباس نحوه * ومن طريق اسماعيل بن اسحاق القاضى نا محمد بن عبيد نا محمد بن ثور عن معمر عن قتادة في قول الله تعالى: (ولا تمنن تستكثر) قال: لا تعط شيئا لتثاب أفضل منه قال معمر: وقاله طاوس أيضا، وقال الحسن: لا تمنن عطيتك ولا عملك

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية، ٢٧/٤٥

(٢) المحلى – الرقمية، ١١٨/٩

ولا تستكثر * وبه إلى اسماعيل نا نصر بن على الجهضمى أخبرني أبى عن هرون عن أبى رجاء عن عكرمة (ولا تمنن تستكثر) قال: لا تعط مالا مصانعة رجاء أفضل منه من الثواب من الدنيا * ومن طريق عبد بن حميد نا محمد بن الفضل هو عارم عن يزيد بن زريع عن أبى رجاء سمعت عكرمة في قول الله تعالى: (ولا تمنن تستكثر) قال: لا تعط شيئا لتعطى أكثر منه * ومن طريق عبد بن حميد نا هاشم بن القاسم عن أبى معاوية عن منصور بن المعتمر عن مجاهد.وابراهيم النخعي قالا جميعا: لا تعط شيئا لتصيب أفضل منه * ومن طريق ابى الجهم نا أحمد بن فرج نا الهروي عن على بن هاشم نا الزيرقان عن أبى رزين (وما آتيتم من ربا ليربوا في أموال الناس فلا يربوا عند الله)." [1]

" هو في اللغة مقابلة شيء بشيء فمقابلة السلعة بالسلعة تسمى بيعا لغة كمقابلتها بالنقد ويقال لأحد المتقابلين مبيع وللآخر ثمن ولا فرق في اللغة بين أن يكون المبيع والثمن طاهرين أو نجسين يباح الانتفاع بهما شرعا أو لا كالخمر فإنه يصح أن يكون مبيعا وثمنا في اللغة أما في الشرع فإنه لا يصح كما ستعرفه ثم إن مقابلة الشيء بالشيء تتناول نحو مقابلة السلام بالرد عليه ومقابلة الزيادة بمثلها ومقابلة الإحسان بمثله فإن ذلك يسمى بيعا وشراء على هذا التعريف والظاهر أنه كذلك على طريق المجاز

وقال بعض الفقهاء إن معناه في اللغة تمليك المال بالمال وهو بمعنى التعريف الأول إلا أنه مقصور على المعنى الحقيقي فلا يشمل رد الزيادة ونحوها بمثلها ونقل بعضهم أنه في اللغة إخراج ذات عن الملك بعوض وهو بمعنى التعريف الثاني لأن إخراج الذات عن الملك هو معنى تمليك الغير للمال فتمليك المنفعة بالإجارة ونحوها كما يأتي لا يسمى بيعا لغة

أما الشراء فإنه إدخال ذات في الملك بعوض . أو تملك المال بالمال على أن اللغة تطلق كلا من البيع والشراء على معنى الآخر فيقال لفعل البائع : بيع وشراء كما يقال ذلك لفعل المشتري ومنه قوله تعالى : ﴿ وشروه بثمن ﴾ فإن معنى شروه في الآية باعوه وكذلك الاشتراء والابتياع فإنهما يطلقان على فعل البائع والمشتري لغة إلا أن العرف قد خص البيع بفعل البائع وهو إخراج الذات في الملك وخص الشراء والاشتراء والابتياع بفعل المشتري وهو إدخال الذات في الملك ثم إن البيع يستعمل متعديا لمفعولين بنفسه فيقال : بعتك الدار وقد يستعمل متعديا للمفعول الثاني بزيادة من وإلى وعلى للتأكيد فيقال : بعت الدار لك ومنك وباعها القاضي عليه

---

(١) المحلى، ١١٨/٩

وأما تعريف شرعا وأقسامه ففيها تفصيل المذاهب

(الحنفية – قالوا : البيع يطلق في اصطلاح الفقهاء على معنيين :

أحدهما : خاص وهو بيع العين بالنقدين الذهب والفضة ونحوهما فإذا أطلق لفظ بيع لا ينصرف إلا إلى هذا المعنى . ثانيهما عام وهو عشر قسما من ضمنها هذا المعنى الخاص وذلك لأنه إما أن ينظر إلى معنى البيع من حيث ذاته وهو المال بالمال وإما أن ينظر إليه باعتبار المبيع الذي يتعلق به وإما أن ينظر إليه باعتبار الثمن وفي كل حالة من هذه الأحوال ينقسم إلى أربعة أقسام : فمن حيث النظر إلى معناه ينقسم الى : نافذ وموقوف وفاسد وباطل وذلك لأنه إما أن يفيد الملك في الحال وهو البيع والنافذ أو يفيده عند الإجازة وهو الموقوف أو يفيده عند القبض وهو الفاسد أو لا يفيده أصلا وهو الباطل . ومن حيث النظر إليه باعتبار المبيع ينقسم إلى أربعة أقسام أيضا : مقايضة صرف سلم بيع مطلق وذلك لأن المبيع إما أن يكون مبادلة عين بعين " سلعة بسلعة غير النقدين " ويسمى مقايضة فالمقايضة هي بيع العين بالعين ويصدق كل واحدة من السلعتين أنها مبيع وثمن ولكن نظر في التقسيم إليها من حيث كونها مبيعا وإما أن يكون المبيع نقدا بنقد ويسمى صرفا لأن الصرف هو بيع النقد من الذهب والفضة ونحوهما بمثله ويقال له بيع الدين " النقد بالنقد " وإما أن يكون المبيع نقدا بعين ويسمى سلما لأن السلم هو بيع النقد بالعين كما سيأتي بيانه وإما أن يكون المبيع عينا بنقد عاجل أو آجل وهو البيع المطلق وهو الغالب عند ذكر كلمة بيع كما ذكرناه لك أولا فإذا أريد غيره فإنه لا بد أن يسمى باسم من هذه الأشياء وهي صرف سلم . . . إلخ

وأما إذا نظر إليه من حيث الثمن فإنه ينقسم إلى أربعة أقسام وهي : تولية مرابحة ضيعة مساومة وذلك لأنه إما أن ينظر فيه إلى ثمن السلعة التي اشتريت به في أول الأمر أو لا فإن نظر إليه فإن بيعت به بدون زيادة ولا نقص فإن ذلك البيع يسمى بيع تولية فالتولية هي البيع بالثمن الأول وإن بيعت بزيادة على الثمن الأول فإن ذلك يسمى بيع المرابحة وإن بيعت بأقل من الثمن الأول فذلك البيع يسمى بيع الضيعة أما إذا قطع النظر عن الثمن الأول الذي اشتريت به السلعة فيبيعها على هذا الوجه يسمى بيع المساومة وهي البيع بالثمن الذي يتفقان عليه بغض النظر عن الثمن الأول

ومن هذا يتضح لك أن تعريف البيع بالمعنى الخاص : وهو مبادلة السلعة بالنقد على وجه مخصوص

وأما تعريفه بالمعنى العام : فهو مبادلة المال بالمال على وجه مخصوص فالمال يشمل ما كان عينا أو نقدا فتدخل فيه جميع الأقسام التي ذكرناها ثم إن المال هو ما يميل إليه الطبع ويدخر للانتفاع به وقت الحاجة ولا يكون له قيمة في نظر الشرع إلا إذا اجتمع فيه أمران : أحدهما أن يكون من شأنه الانتفاع به عند الحاجة . ثانيهما : أن يكون الانتفاع به مباحا شرعا . فإذا لم يكن من شأنه الانتفاع به كحبة من حنطة فإنه لا يكون مالا معتبرا . وكذا إذا لم يكن مباحا شرعا كالخمر والخنزير فإنه وإن كان مما ينتفع به بعض الناس ولكنه غير مباح في نظر الشرع فلا يكون مالا عنده . فلو بيع الخمر لا ينعقد بيعه ولكن لو اشترى سلعة طاهرة وجعل ثمنها خمرا فإن البيع ينعقد ولا ينفع كون الخمر ثمنا فيلزم المشتري بقيمة السلعة . وبهذا تعلم أن المراد بالمال في التعريف : المال الذي له قيمة في نظر الشرع سواء أكان سلعة أم عقدا فيشمل الصرف والسلم والمرابحة والتولية والمقايضة . . . الخ

ويشمل التعريف أيضا **الهبة بشرط** العوض المالي فلا يصح إخراجها من التعريف كما يظن بعضهم لأنها وإن كانت هبة قبل القبض إلا أنها بيع بعد القبض وصورتها مثلا أن يقول : إنني وهبت هذه الدار من فلان بشرط أن يعوضني مائة جنيه فقبل أن يقبض المائة فإن حكم هذه كحكم الهبة فيشترط لصحته ما يشترط للهبة فلا يصح في الشارع الذي يحتمل القسمة ولا يثبت به الملك قبل القبض ولكل واحد من المتعاقدين أن يمتنع عن التسليم . أما بعد القبض فإنه حكمه كحكم البيع فلا يكون لأحدهما حق الرجوع فيما كان له . ويثبت به حق الشفعة ولكل واحد أن يرد ما أخذ إن كان فيه عيب وغير ذلك من أحكام البيع التي ستعرفها فهي داخلة في البيع بلا خفاء نعم إذا نظر إليها قبل القبض فإنها تكون هبة تخرج بقوله على وجه مخصوص

أما التبرع من الجانبين كأن يتبرع أحد لآخر بمال فيتبرع له الثاني كذلك فهو داخل في التعريف من حيث انه مبادلة في الجملة لأن الأول وإن كان قد تبرع لا في نظير شيء ولكن الثاني تبرع في مقابلة تبرع الأول ففيه مبادلة من جانب واحد فيخرجه قوله على وجه مخصوص . لأنه ليس بيعا في الحقيقة بل هو هبة . لكل واحد منهما حق الرجوع في تبرعه كما سيأتي في الهبة

ويشمل التعريف بيع المكره لأنه مبادلة مال بمال وهو كذلك لأن بيع المكره قسم من أقسام البيع المنعقد إلا أنه بيع فاسد موقوف على إجازته بعد زوال الإكراه كما سيأتي ببيانه قريبا . فزيادة قيد التراضي

في التعريف لإخراج بيع المكره ليست بشيء لأن الرضا شرط بنفاذ البيع لا جزء من مفهومه الشرعي كما سيأتي في شرائطه قريبا

ومن هذا تعلم أيضا أنه لا حاجة إلى زيادة قيد مفيد كما عرفه بعضهم بقوله مبادلة مال بمال على وجه مفيد مخصوص وغرضه إخراج البيع غير المفيد كبيع نقد مسكوك بمساويه في الوزن والوصف مثل أن يبيع قطعة من ذات القرشين بمثلها فإن ذلك لا فائدة فيه فلا يصح . أما إذا اختلفا في الوصف كما إذا كانت إحداهما مطلية بطلاء أصفر أو أسود فإنه يجوز لوجود الفائدة حينئذ وإنما قلنا إن هذا القيد لا حاجة إليه لأن البيع لا فائدة فيه منعقد داخل في تعريف البيع لأنه مبادلة مال بمال ولكنه بيع فاسد والتعريف يشمل الصحيح والفاسد كما ذكرناه لك آنفا

وقوله على وجه مخصوص : المراد به الإيجاب والقبول وسيأتي بيانهما

المالكية - قالوا : للبيع في اصطلاح الفقهاء تعريفا : أحدهما تعريف لجميع أفراد البيع الشامل الصرف والسلم ونحوهما من الأقسام التي ستعرفها : ثانيها تعريف لفرد واحد من هذه الأفراد . وهو ما يفهم من لفظ البيع عن الإطلاق عرفا . والأول يسمى تعريفا للبيع بالمعنى الأخص . فأما تعريفه بالمعنى الأعم فهو عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة

فقوله عقد معاوضة معناه عقد محتو على عوض من الجانبين " البائع والمشتري " لأن كلا منهما يدفع عوضا للآخر . وقوله على غير منافع : معناه أن العقد يكون على الذوات والأعيان عن ثمن أو سلعة لا على استثمارها والانتفاع بها وقوله ولا متعة لذة معناه أن العقد لا يكون للانتفاع بلذة . فهذا التعريف يشمل جميع أقسام البيع فيدخل فيه الصرف وهو بيع الذهب والفضة والعكس والمبادلة وهو بيع ذهب بذهب أو فضة بفضة متساويين في العدد

والمراطلة : وهي بيع ذهب بذهب أو فضة بفضة متساويين في الوزن

والسلم : وهو عقد على أن يدفع أحد الجانبين شيئا ماليا معجلا في نظير أن يأخذ شيئا ماليا من غير جنس ما دفعه مؤجلا . وتدخل أيضا **الهبة بشرط** العوض وتسمى هبة الثواب أي هبة العوض المالي كما تدخل التولية وهي البيع بالثمن الذي اشتريت به السلعة : والشركة والإقالة والشفعة وسيأتي بيان ذلك موضحا في محله فكل هذه الأنواع يشملها هذا التعريف لأنها عبارة عن عقد على أن يدفع كل واحد من الجانبين عوضا للآخر عينا لا منقعة . ويخرج من التعريف الإجارة لأنها عقد على منفعة لا على ذات .

وكذلك كراء الحيوان فإنه عقد على الانتفاع به لا على ذاته ويخرج عقد النكاح بقوله : ولا متعة لذة . لأنه عقد على الانتفاع باللذة

أما تعريفه بالمعنى الأخص : فهو عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة . ذو مكايسة أحد عوضية غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه فهو التعريف الأول مع زيادة ثلاثة قيود :

القيد الأول : ذو مكايسة ومعنى ذو مكايسة : عقد صاحب مشاححة ومغالبة لأن كل واحد من المتعاقدين يريد أن يغلب صاحبه . وخرج بهذا القيد هبة الثواب لأن الواهب ملزم بقبول القيمة التي اشترطها متى دفعت له فليس له أن يشاحح فيها فإذا قال : وهبت هذه الدار لزيد بشرط أن يعوضني مائة دينار لزمه قبول المائة ولا يجاب لأزيد منها . وتخرج أيضا المبادلة والتولية والأخذ بالشفعة لأنها لا مكايسة فيها . أما المبادلة : فهي بيع نقد بنقد من صنفه مسكوكين " مضروبين " بشرائط مخصوصة وهو لا مغالبة فيه كما ستعرف . أما التولية : فهي بيع بعين الثمن الأول فلا مغالبة فيها . وأما الأخذ بالشفعة : فهو بيع بنفس الثمن الذي اشتريت به السلعة فلا مغالبة فيها أيضا . القيد الثاني : أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة . ويخرج به الصرف والمراطلة لأن عوضا الصرف أحدهما ذهب والآخر فضة وعوضى المراطلة والمبادلة ذهبان أو فضتان

القيد الثالث : معين غير العين فيه ويخرج به السلم ومعنى ذلك أن عقد البيع يلزم فيه أن يكون المبيع ليس دينا في الذمة بل ينبغي أن يكون غير دين سواء كان حاضرا أمام المشتري أو غائبا ولكنه معروف عنده بصفة أو رؤية سابقة أو اشتراه بشرط أن يكون له خيار الرؤية أما عند السلم فعلى عكس ذلك لأن المسلم فيه وهو السلعة دين في الذمة فالمراد بالمعين ما ليس دينا في الذمة والسلم دين في الذمة . والمراد بالعين الذهب والفضة ولا يلزم في عقد البيع يكون الذهب أو الفضة مقبوضين بل يصح أن يكونا دينا في الذمة وبذلك يتم تعريف البيع الخاص أعني بيع السلعة بالنقد وهو الذي ينصرف إليه لفظ البيع عند الإطلاق

هذا وقد قسم المالكية البيع إلى أقسام كثيرة باعتبارات مختلفة فقالوا : إن البيع بالمعنى الأعم ينقسم أولا إلى قسمين : بيع المنافع وبيع الأعيان . فأما بيع المنافع فإنه ينقسم إلى خمسة أقسام : الأول : بيع منافع الجماد ويعبرون عنه بأكرية الدور والأرضين . والثاني : بيع منافع الحيوان غير العاقل ويعبرون عنه

بأكرية الدواب والرواحل . الثالث : بيع منافع الانسان المتعلقة بغير الفروج وهو النكاح والخلع . الرابع : بيع منافع الإنسان المتعلقة بغير الفروج كتأجيره . الخامس : بيع منافع العروض ويسمى إجارة غالبا

أما بيع الأعيان فإنه ينقسم إلى أقسام كثيرة لا عتبارات مختلفة فينقسم من حيث تأجيل أحد عوضيه أو كليهما إلى أربعة أقسام :

الأول : بيع النقد وهو ما كان الثمن والمثمن فيه معجلين لا تأجيل فيهما ولا في واحد منهما

الثاني : بيع الدين بالدين وهو ما كان الثمن والمثمن فيه مؤجلين معا وهو بيع منهي عنه كما سيأتي في البيوع المنهي عنها

الثالث : البيع لأجل وهو ما تأجل فيه الثمن فقط

الرابع : السلم وهو ما تأجل فيه المثمن فقط وكلها جائزة ما عدا بيع الدين بالدين كما ذكرنا . وينقسم من حيث كون أحد عوضيه ذهبا أو فضة إلى ثلاثة أقسام :

الأول : بيع العين بالعين

الثاني : بيع العرض بالعرض

الثالث : بيع العرض بالعين . وينقسم بيع العين بالعين إلى ثلاثة أقسام : صرف ومبادلة ومراطلة . فالصرف : هو ما اختلف فيه جنس العوضين بأن يكون أحدهما ذهبا والثاني فضة . وبالعكس . والمراطلة : هي ما اتحد فيها العوضان وكان البيع فيها بالوزن كبيع ذهب بذهب وفضة بفضة وزنا . والمبادلة وهي ما اتحد فيها العوضان كذهب بذهب وفضة بفضة وكان البيع فيها بالعد لا بالوزن . وينقسم في رؤية المثمن وعدم رؤيته إلى قسمين : الأول بيع الحاضر وهو ما كان المثمن فيه مرئيا أو في حكم المرئي . والثاني : بيع الغائب وهو ما ليس كذلك . وينقسم أيضا باعتبار بت عقده وعدمه إلى قسمين : الأول بيع بت أي قطع : وهو ما لا خيار فيه لأحد المتعاقدين وسمي بتا لأن كل واحد قطع الخيار على صاحبه . الثاني بيع الخيار : وهو ما جعل أحدهما الخيار فيه لصاحبه

وينقسم باعتبار النظر إلى الثمن الذي اشتريت به السلعة أولا وعدمه إلى أربعة أقسام :

الأول : بيع المرابحة : وهو أن يشتري منه السلعة بزيادة على ثمنها الأول

(يتبع . . .) ." (١)

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة، ١١٢/٢

" معنى الخيار في البيع وغيره : طلب خير الأمرين منهما والأمران في البيع الفسخ والإمضاء فالعاقد مخير بين هذين الأمرين

والأصل في عقد البيع أن يكون لازما متى استكمل شرائطه ولكن قد عدل عن تلك في مسائل الخيار لحكمه جليلة وهي مصلحة العاقدين . فقد أباح الشارع الخيار استيفاء للمودة بين الناس . ودفعا للضغائن والأحقاد من أنفسهمن إذ قد يشتري الواحد السلعة أو يبيعها لظرف خاص يحيط به بحيث لو ذهب ذلك الظرف لندم على بيعها أو شرائها ويعقب ذلك الندم غيظ فضغينة وحقد وتخاصم وتنازع إلى غير ذلك من الشرور والمفاسد التي يحذر منها الدين ويمقتها كل المقت

فمن أجل ذلك جعل الشارع للعاقد فرصة يحتاط فيها لنفسه ويزن فيها سلعته في جو هادئ كي لا يكون له عذر في الندم بعد ذلك على أنه قيد ذلك بشروط تحفظ للعقد قيمته فلا يكون عرضة للنقض والإبطال بدون سبب صحيح فقال : إن الخيار في العقد لا يصح إلا بأمرين : (الشافعية – قالوا : يثبت خيار المجلس بعد تمام العقد بدون شروط الخيار بل لو اشترط العاقد عدم الخيار بطل البيع لأنه شرط يقتضي العقد عدمه لأن الخيار في المجلس ثبت بالنص لا بالاجتهاد فأصبح من مقتضى العقد وكل شرط لا يقتضيه العقد فهو باطل والخيار إما أن يكون لدفع الضرورة وهو خيار النقض وإما أن يكون للتروية وله سببان : المجلس والشرط فأقسامه ثلاثة

ويثبت خيار المجلس عندهم في كل عقد توفرت فيه خمسة قيود :

الأول : أن يكون عقد معاوضة أي محتو على عوض من المتعاقدين فخرج بذلك الهبة بدون عوض لأنها ليست عقد معاوضة كما هو ظاهر . فلا خيار فيها بعد

أما قبله فللواهب الرجوع وكذا بعده أو كان أصلا فيما وهببه لفرعه . وكذلك خرج صلح الحطيطة وهو الصلح من الشيء على بعضه كأن يصطلح معه على أن يحط له شيئا مما عليه فإنه لا معاوضة فيه فلا خيار فيه

الثاني : أن يفسد العقد بفساد العوض . وذلك كأن يبيع له عنيا ليست مملوكة له فإن أحد العوضين وهو المبيع في هذه الحالة فاسد فالبيع فاسد بفساد العوض فيصح الخيار في كل عقد يفسد بفساد عوضه فإنه لا خيار فيه وذلك كالنكاح والخلع فلو تزوجها على مال مملوك للغير لم يفسد العقد وعليه مهر المثل وكذا لو خالعته على مال ليس مملوكا لها فإن الخلع لا يفسد وعليها القيمة

الثالث : أن تكون المعاوضة واقعة على عين لازمة من الجانبين أو على منفعة مؤبدة بلفظ البيع والأول كالثمن والمثمن من البائع والمشتري . والثاني كأن يبيع لجاره حق وضع الخشب على حائطه فإنه بيع منفعة مؤبدة

وخرج بقوله : عين لازمة من الجانبين الشركة والقراض . لأن كلا منهما جائز من الجانبين . وكذلك خرج الرهن لأن العين فيه وإن كانت لازمة ولكن من جانب واحد أما الجانب الآخر فله أن يسترد العين المرهونة بسداد ما عليه وكذا خرج به ما كانت لمعاوضة فيه واقعة على منفعة غير لازمة كالإجارة والمساقاة . فكل هذه لا خيار فيها

الرابع : أن لا يكون في المعاوضة تملك قهري خرج به الشفعة لأن التملك فيها بالقهر والإجبار فلا معنى للخيار فيها وبعضهم يقول : إن الخيار ثابت في الشفعة للشفيع بمعنى أن له الخيار في رد العين التي ملكها بالشفعة أو إمساكها

الخامس : أن تكون المعاوضة غير جارية مجرى الرخص كالحوالة والقسمة لعدم ظهور البيع فيهما

وبهذا الضابط يتيسر عد العقود التي يقبت فيها خيار المجلس كالآتي : عقد البيع المطلق والسلم **والهبة بشرط** العوض وبيع الطعام يسمى بيعا ربويا

والتولية : أو صلح المعاوضة على غير منفعة كأن يصطلحا على أن كلا منهما يدفع لصاحبه مالا بدون أن يشترط منفعة مقابلة

أما إذا اشترط منفعة فإن العقد يكون إجارة لا بيعا وذلك كأن يقول له : صالحتك من الدراهم التي لي عليك على أن أسكن في دارك سنة مثلا فمثل هذا إجارة لا خيار فيه على الصحيح وهكذا كل عقد معاوضة توفرت فيه القيود التي ذكرت فإنه يثبت فيه خيار المجلس أما العقود التي لم تتوفر فيها الشروط فيمكن عدها كالآتي أيضا : النكاح والخلع والإجارة والهبة بلا عوض صلح الحطيطة الشفعة المساقاة الشركة القراض الرهن الإجارة . وهكذا كل عقد لم تتوفر فيه القيود التي ذكرت

ويسقط خيار المجلس بأمرين :

الأول : ذكر ما يدل صريحا على أنهما قد التزما عقد البيع كأن يقولا : اخترنا لزوم العقد أو أمضيناه أو أجزناه أو أبطلنا الخيار . أو أفسدنا الخيار اختيارا لا كرها . أما إذا لم تكن صيغة إبطال الخيار صريحة كما إذا قالا : تخايرنا ولم يذكرا عقد البيع فإن ذلك يحتمل الفسخ والإمضاء فيصدق من ادعى أنه أراد

تخايرنا فسخه على أن يحلف اليمين . وكما أن الخيار يسقط بذكر الصيغة التي تدل على نفاذ العقد يسقط كذلك بالتصرف في البيع في المجلس فلو باع المشتري السلعة التي اشتراها للبائع بغير ثمنها كان ذلك إجارة تسقط الخيار . وإذا قال أحد المتعاقدين : اخترت لزم العقد ولم يقل الآخر بطل خيار القائل فقط وإذا اختار أحدهما لزوم العقد واختار الآخر فسخه قدم الفسخ

الأمر الثاني : أن يتفرقا عن المجلس بأبدانهما فمتى ترك المجلس واحد منهما وانصرف بطل الخيار والمراد بالتفرق ما يعده الناس فرقة في عرفهم

ويشترط في التفرق أن يكون بالاختيار فإذا فرق بينهما كرها بسبب من الأسباب يبقى الخيار

ومدة خيار المجلس غير محددة فلو مكثا مكانهما أياما كثيرة لم ينقطع الخيار وإذا مات أحدهما أو جن انتقل الخيار لوراثة

الحنابلة – قالوا : يثبت خيار المجلس للمتعاقدين ولو لم يشترطاه ولو بعد تمام العقد فلكل واحد منهما إمضاء العقد وفسخه ما داما في المجلس ولو أقام شهرا أو أكثر إلا إذا تفرقا كرها . كما إذا حملهما على التفرق سبع ونحوه أو ظالم طلع عليهما ونحو ذلك فإن التفرق في هذه الحالة لا يسقط الخيار ومتى تم العقد وتفرقا لزم البيع . فليس لواحد منهما الفسخ إلا بعيب أو خيار شرط

ويثبت خيار المجلس في أمور : الأول الشركة في ملكه في نظير أن يدفع له قسطا من ثمنه المعلوم لأنها صورة من صور البيع أما الشركة في غير ذلك فلا خيار فيها . الثاني الصلح على مال سواء كان عينا أو نقدا لأنه بيع أيضا . الثالث الإجارة على عين كدار أو حيوان . أو الإجارة على نفع في الذمة بأن استأجره لبناء حائط أو خياطة ثوب لأن الإجارة نوع من البيع . الرابع **الهبة بشرط** العوض . الخامس كل عقد بيع قبضه شرط في صحته فيثبت في الصرف لأنه يشترط في صحته القبض والسلم وبيع المكيل والموزون بمثلهما . ولا خيار في قسمة الإجبار لأنهما إفراز حق لا بيع كما لا خيار في المجلس في بقية العقود كالمساقاة والمزارعة والحوالة والإقالة والشفعة والجعالة والشركة والوكالة والمضاربة والعارية والهبة بغير عوض والوصية قبل الموت والوديعة والنكاح والخلع والرهن والضمان والكفالة فلا يثبت خيار المجلس في شيء من ذلك وشرط عدم الخيار لا يبطل العقد وإنما يسقط الخيار فقط

ويسقط الخيار المجلس بأربعة أمور : الأول أن يشترطا عدم الخيار قبل تمام العقد كأن يقولا : تبايعنا على أن لا خيار بيننا أو يقول أحدهما : بعتك على أن لا خيار بيننا فيقول الآخر : قبلت ولو لم يزد على ذلك فإنه في هذه الحالة يسقط الخيار

والثاني : أن يسقطا الخيار بعد تمام العقد كأن يقول كل منهما : اخترت إمضاء العقد أو التزامه وإذا أسقطه أحدهما أو قال لصاحبه : اختر سقط خياره وبقي خيار صاحبه

الثالث : أن يتفرقا عن المجلس بأبدانهما عرفا فإذا فارق احدهما صاحبه لزم سواء قصد بالمفارقة لزوم البيع أو قصد حاجة أخرى ولكن تحرم الفرقة بغير إذن صاحبه بقصد لزوم البيع وعدم فسخه لما في الحديث من أنه : " لا يحل لأحد المتبايعين أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله " رواه النسائي

والرابع : موت أحد المتعاقدين فإنه يبطل خيارهما لأنه أعظم فرقة . وكذا يبطل خيارهما إذا هرب أحدهما من صاحبه أما إذا جن إحدهما أو أغمي عليه فلا يسقط خياره

الحنفية - قالوا : خيار المجلس لا يثبت للعاقد إلا بالشروط فإذا تم العقد بينهما من غير شرط الخيار أصبح لازما سواء أقاما بالمجلس أو تفرقا وإنما الذي للعاقد في المجلس بدون شرط هو خيار القول فإذا قال للبائع : بعتك فله أن يرجع قبل أن يجيبه المشتري كما تقدم

ويحملون الحديث على هذا فيقولون : إن معنى الحديث أن لهما خيار المجلس بالشرط

المالكية - قالوا : لا خيار في المجلس أصلا بل الخيار ينقسم إلى قسمين :

الأول : خيار الشرط ويسمى الخيار الشرطي وخيار التروي " النظر والتفكر في إمضاء العقد ورده " وهذا القسم هو الذي ينصرف إليه الخيار عند الإطلاق في عرف الفقهاء

الثاني : خيار النقيصة ويسمى الخيار الحكمي وسببه ظهور عيب في المبيع أو استحقاق للغير فيه

أما حديث : " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا " فهو وإن كانت روايته صحيحة إلا أن عمل أهل المدينة كان على خلافه وعمل أهل المدينة مقدم على الحديث وإن كان صحيحا لأنه في حكم المتواتر الموجب للقطع بخلاف الحديث فإنه وإن كان صحيحا لكنه خبر آحاد يفيد الظن فالأول مقدم عليه

وإذا شرط العاقد خيار المجلس في البيع فسد العقد ومن هذا تعلم أن الحنفية والمالكية متفقون على أن لا خيار في المجلس : إلا أن الحنفية يقولون : إنه يثبت بالشرط والمالكية يقولون : إن شرطه يفسد البيع) ." [(١)]

" – تنقسم الوكالة إلى أقسام منا يرجع إلى الموكل . ومنها يرجع إلى الوكيل . ومنها ما يرجع إلى الموكل فيه . ومنها ما يرجع إلى الصيغة التي تتحقق بها الوكالة وفي ذلك تفصيل المذاهب (١)

---

(١) (الحنفية – قالوا : شروط الوكالة التي ترجع إلى الموكل هو أن يكون الموكل ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه فلا يصح التوكيل من المجنون جنونا مطبقا والصبي الذي لا يعقل أصلا . لأن النجنون لا يملك التصرف في شيء بنفسه مطلقا ومثله الذي لا يعقل أما الصبي الذي يعقل فقد عرفت في مباحث الحجر أن تصرفه ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

الأول : أن يتصرف تصرفا ضارا به لا محالة كالطلاق والهبة والصدقة ونحوها وفي هذه الحالة لا يصح تصرفه مطلقا فلا يصح أن يطلق زوجه أو أن يهب غيره من ماله أو أن يتصدق بشيء منه فإن فعل وقع ذلك التصرف باطلا فهو لا يملك التصرف فلا يملك أن يوكل فيه غيره

الثاني : أن يتصرف تصرفا نافعا له كقبول الهبة والصدقة فإن فيه منفعة محققة له وفي هذه الحالة يقع تصرفه صحيحا مطلقا ولو لم يأذنه وليه فهو يملك ذلك التصرف فيصح له أن يوكل فيه غيره

الثالث : أن يتصرف تصرفا يحتمل النفع والضر كالبيع والشراء والإجارة وفي هذه الحالة إن كان وليه قد أذنه بذلك التصرف فإنه يقع صحيحا فيصح له أن يوكل فيه غيره وإن لم يأذنه يقع موقوتا على إذنه فإن أجازه إلا فلا ومثله التوكل

أما المجنون جنونا متقطعا بحيث يجن تارة ويفيق أخرى فإنه يصح أن يوكل في حالة صحوه بشرط أن يكون لحوه وقت معلوم حتى تعرف لإفاقته من جنونه وإلا فلا يصح له أن يوكل . وأما المعتوه وهو الغالب عليه اختلاط الأمور فإنه لا يصح توكيله

أما الإسلام فليس شرطا في الموكل فيجوز أن يوكل الذمي غيره كالمسلم لأن حقوقهم مضمونة من الضياع كحقوقنا وإذا وكل الذمي المسلم بتقاضي ثمن الخمر فإنه يكوه للمسلم أن يفعل وإذا وكل الذمي

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة، ١٢٥/٢

المسلم أن يرهن له خمرا في نظير نقود أو يرهن له عينا في نظير خمر يأخذه فإنه يصح إذا أخبر به على أنه رسول فيقول : أرهن لفلان خمرا . أما إذا أضافه لنفسه بأن قال : ارهن لي خمرا أو أقرضني نقودا في نظير خمر فإنه لم يكن رهنا وهل النرتد كذلك أو لا ؟ خلاف فبعضهم يقول : إذا وكل المرتد شخصا فإن ذلك التوكيل يقع موقوفا فإن أسلم المرتد نفذ ما صدر منه توكيله الغير وإن مات أو خرج من دار الإسلام إلى دار الإسلام إلأى دار الحرب بطل توكيله فإن لحق بدار الحرب ثم عاد إلى الإسلام فإن كان القاضي حكم بلحوقه بدار الحرب فإن التوكيل يبطل وإن لا فإنه ينفذ . وبعضهم يقول : إن للمرتد أن يوكل غيره ويقع توكيله صحيحا نافذا . هذا إذا كان المرتد رجلا . أما المرأة المرتدة فإن توكيلها جائز في قولهم جميعا لأن ردتها لا تعتبر في حكم ملكها فهي ملكها كالمسلمة في ذلك

وإذا وكلت قبل ردتها ثم ارتد فغن توكيلها لا يبطل إلا إذا وكلت بتزويجها وهي مرتدة فإنه يكون باطلا فإن زوجها حال ردتها لا يصح أما إذا عادت إلى الإسلام فزوجها فإنه لا يصح . أما إذا وكلته بأن يزوجها وهي مسلمة ثم اردت ثم عادت إلى الإسلام فزوجها فإنه لا يصح لأن ردتها أبطلت التوكيل في ذلك

وأما الشروط التي ترجع إلى الوكيل فهي أمران :

أحدهما : أن يكون عاقلا فلا يصح لشخص أن يوكل مجنونا أو صبيا لا يعقل أما البلوغ والحرية فلا يشترطان في الوكيل فيصح أن يكون الوكيل صبيا عاقلا يدرك ما يترتب على العقود من المتافع والمضار سواء أذنه وليه ومثله العبد في ذلك

ثانيهما : أن يعلم الوكيل بالوكالة فعلم الوكيل شرط في صحة تصرفه بلا خلاف فإذا وكل شخصا آخر في بيع متاعه ولم يعلم الوكيل فباع المتاع قبل العلم بكل تصرفه إلا إذا أجازه الموكل وعلم الوكيل بالتوكيل يثبت بالمشافهة أو الكتابة إليه أو بإخيار رجلين أو واحد عدل أو غير عدل وصدقه الوكيل

أما الإسلام وعدم الردة فلا يشترطان في الوكيل باتفاق وإن كان عدم الردة مختافا فيه في الموكل فيصح للمسلم أن يوكل الذمي حتى في بيع الخمر والخنزير عند أبي حنيفة الذي يقول إن الموكل إذا كان ذميا بلا خلاف

وإذا وكل المسلم حربيا في دار الحرب وكان المسلم في دار الإسلام فغن التوكيل باطلا في هذه الحالة وكذلك العكس وهو ما إذا وكل الحربي مسلما وهو في دار الحرب والمسلم في دار الإسلام

وأما الشروط التي ترجع إلى الموكل فيه فمنعها أن لا يكون من الأمور المياحة فلا يصح لشخص أن يوكل غيره في أن يحتطب له أو يسقي له الماء أو يستخرج له شيئا من المعادن المباحة كالحديد والرصاص والجواهر ونحو ذلك فإذا حصل الوكيل على شيء من ذلك فهو له وليس للموكل منه شيء ومثل ذلك ما إذا وكله ليشحذ له فإن التوكيل لا يصح وإذا شحذ الوكيل شيئا فهو له

ومنها : أن لا يكون الموكل فيه استقراضا (طلب قرض من الغير) فإذا وكل شخص آخر في أن يطلب من شخص أن يقرضه مالا فقال الوكيل : أقرضني كذا كان الرقض للوكيل لا للموكل فإذا هلك كان المسؤول عنه الوكيل وللوكيل أن لا يعطيه للموكل نعم إذا قال : فلان أرسلني إليك لتقرضه فأعطاه فإن القرض يكون للمرسل وهذا يسمى (رسولا) لا وكيلا والفرق بين الرسول والوكيل أن الوكيل يكون بألفاظ التوكيل الآتي بيانها في الصيغة بخلاف الرسول فإنه يكون بلفظ الرسالة كأن يقول له : كن رسولا عني في كذا أو أرسلتك لتأتي بكذا فلا بد في الرسول أن يضيف العقد إلى المرسل . بخلاف الوكيل فإن له أن ينسب لنفسه وللمرسل إلا في أمور كانكاخ والهبة وسيأتي بيانها

ومن شورط الموكل فيه أن لا يكون حدا من الحدود التي لا تشترط فيها الدعوى كحد الزنا وحد الشرب فإن إثباته تكفي فيه شهادته الحسبة بدون دعوى فلا يصح فيه التوكل لا في إيفائه ولا في استيفائه والمراد قبضه

أما الأول فظاهر لأنه لا يصح أن يقول شخص لآخر وكلتك عني في تأدية حد الرب فتسلم طهرك للجلد ولو وقع لأنه لا يصح إلا من الجاني

وأما الثاني : فلأن هذا الحديث بدون دعوى فلا يصح فيه التوكيل مطلقا

وأما الحدود التي تحتاج إلى إقامة الدعوى كحد القذف وحد السرقة في صحة التوكيل فيها خلافا فأبو حنيفة ومحمد يقولان بأن التوكيل يصح في إثبات الحد فإذا وكب شخص آخر في حد القذف على من قذفه فإنه يصح هذا التوكيل سواء كان الموكل حاضرا أو غائبا أما في الاسيفاء فإنه يجوز التوكيل إذا كان الموكل حاضرا بأن يحضر هو ووكيله حال تنفيذ الحد وأبو يوسف يقول : لا يصح فيه التوكيل كسابقه إلا أنه يقول : إن الممنوع إنما هو التوكيل في إثبات الحد أما التوكيل في إثبات المال المسروق فإنه يونفق عليه أبا حنيفة ومحمدا ولا يخفى أن حد الزنا وحد الشرب من حقوق الله تعالى وكذلك حد القذف وحد

الشرب ومعنى كونها من حقوق الله أن الله تعالى قرر لها عقوبة ثابتة ليس للمجني عليه فيها شأن فلا بد من تنفيذها فالظاهر أن أبا يوسف يقول : إن التوكيل فيها لا معنى له سواء احتاجت لدعوى أو لا

وأما حقوق العباد فإنها تنقسم إلى قسمين :

نوع لا يجوز اسيفاؤه مع وجود شبهة ونوع يجوز استيفاؤه مع الشبهة

مثال الأول : القصاص في القتل أو القود وهو القصاص في إتلاف عضو أو نحوه مما هو أقل من النفس وهذا النوع يصح التوكيل في إثباته عند أبى حنيفة ومحمد أيضا ولا يجوز في إيفائه ولا في استيفائه

أما الأول : فظاهر إذا لا يصح أن يوكل شخص آخر في أن يقتل نفسه بدلا عنه ليدفع عنه حد جنايته أو يقطع عضوا منه لأن ذلك لا يصلح إلا من الجاني نفسه

ومثال الثاني : وهو ما يجوز استيفاؤه مع الشبهة كالديوان والأعيان وسائر الحقوق غير القصاص فإنه يصح للوكيل أن يستلمها مه وجود شبهة عفو صاحبها وتركها لمن هي عليه فهذا النوع يصح التوكيل فيه إيفاء واستيفاء باتفاق

ويجوز التوكيل في سائر العقود سوى ما ذكر كالبيع والشراء والإجارة والنكاح والطلاق والهبة والصدقة والخلع والصلع والإعارة والاستعارة وقبض الحقوق والخصومات وتقاضي الديون والرهن والارتهان وطلب الشفعة والرد بالغيب والقسمة والاستيهاب (أي طلب الهبة من الغير) إلا أن بعض هذه العقود لا يصح للوكيل فيها أن يسندها إلى نفسه بل من إسنادها إلى الموكل

ومنها : النكاح فإن الوكيل لا بد أن يقول : قبلت زواج موكلي أو زوجت فلانة موكلتي فإذا قال : قبلت الزواج ولم يصفه أو قال الزواج فإنه بنعقد له لا لموكله بخلاف ما إذا كان وطيلا في الطلاق فإنه إذا أضافه إلى نفسه أن يقول : امرأة فلان طالق . أما إذا قال : امرأتي طالق فإنها تطلق فليس الإضافة إلى نفسه أن يقول : لمراتي بل معناها أن يسند طلاق امرأة موكله إلى نفسه ولا يشترط أن يقول : ففلان وكلني في أن أطلق امرأته

ومنها : الهبة فإنه لا بد فيها من الإضافة إلى الموكل فإذا وكل إنسان آخر أن يهب مائة فقال : وهبت ولم يقل موكلي فإن الهبة لا تصح

ومنها : الصلح عن دم العمد والصلح عن الإنكار فإذا ادعى شخص على آخر مائتين فأنكر المدعي عليه ثم وكل عنه من يصالح على مائة فإنه لا بد في ذلك من الإضافة فإذا قال المدعي على مائة صالحت

وقبل وكيل المدعي عليه بأن قال : قبلت الصلح لفلان فإنه يصح . أما إذا قال : قبلت ولم يسند القبول لموكله فإنه لا يصح الصلح . وهذا بخلاف الصلح عن إقرار فإنه يصح إضافته إلى الوكيل والموكل

ومنها : التصدق فإذا وكله أن يتصدق من ماله بكذا فإنه ينبغي أن يضيفها الوكيل إلى الموكل

وأما الصيغة فإنها تنقسم إلى قسمين : (خاصة وعامة) :

فأما الخاصة فهي اللفظ الذي يدل على التوكل في أمر خاص كقوله : وكلتك في شراء هذا البيت مثلا . وأما العامة فهي لفظ يدل على العموم كقوله : أنت وكيلي في كل شيء وقوله : ما صنعت من شيء فهو جائز وجائز أمرك في كل شيء فليس لها لفظ خاص حتى لو قال : أردت أن تقوم مقامي أو أحببت أو رغبت فإنه يصح . وهل ينفذ تصرف الوكيل بعد ذلك في كل شيء أو يستثنى بعض الأمور ؟

والجواب : أن ذلك يختلف باختلاف العبارات فإذا قال له : أنت وكيلي في كل شيء يكون وكيلا له في حفظ المال لا غير على الصحيح

ومثل ذلك ما لو قال له : أنت وكيلي في كل شيء وقليل وإذا قال له : أنت وكيلي في كل شيء جائز أمرك يكون وكيلا في جميع التصرفات المالية كالبيبع والشراء والهبة والصدقة

واختلف في الإعتاق والطلاق والوقف . فقال بعضهم : إنه لا يكون وكيلا فيها إلا إذا دل دليل سابق في الكلام وبعضهم يقول : إنه يشملها

وإذا قال : وكلتك في جميع أموري فقال له : طلقت امرأتك أو قفت جميع فإنه لا يجوز على الأصح

وإذا قال له : وكلتك في جميع أموري ولأقمتك مقام نفسي لا تكون الوكالة عامة إلا إذا قال : في جميع أموري التي يجوز فيها التوكل فإنها في هذه الحالة تكون عامة تشمل البيع والشراء والأنكحة وغير ذلك

وأما في الحالة الأولى وهي قوله : وكلتك في جميع أموري وأقمتك مقام نفسي بدون أن يقول : في أموري التي يجوز فيها التوكيل فإنه ينظر إلى حال الموكل فإن كانت له صناعة خاصة فإنه يكون وكيلا عنه فيها

أما إذا لم تكن له صناعة خاصة وكانت له معاملات مختلفة فإن الوكالة تقع باطلة . والحاصل أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شيء إلا الطلاق والعتاق والهبة والصدقة على المفتي به وكذا لا يملك الإبراء والحط عن الديون لأنها تبرع وهو لا يملك التبرع

وكذا لا يملك الإقراض **والهبة بشرط** العوض ويملك ما وراء ذلك فيملك قبض الدين وإيفاءه والدعوى بحقوق على الموكل والأقارير على الموكل بالديون ولا يختص بمجلس القاضي لأن ذلك في الوكيل بالوكالة الخاصة

على أن هناك صيغا لا ينعقد بها التوكل أصلا منها أن يقول له : لا أنهاك عن طلاق زوجتي ومنها أن يقول له : أنت وصيتي

ومنها : أن يقول لغيره : اشتر لي جملا بعشرة جنيهات أو جارية بخمسين جنيها فذلك لا يكون توكيلا وإنما يكون مشورة . أما قال له : اشتر لي جملا بعشرة جنيهات ولك على شرائك درهم فإنه يكون وكيلا

ومنها : أن يقول شخص لآخر مديون له اشتر بمالي عليك جملا أو عبدا فإنه لا يصح التوكيل وأما إذا قال له : اشتر لي جمل فلان أو هذه الجارية فإنه يصح

ومنها : أن يقول لمديونه أسلم مالي عليك في قمح أو سمن مثلا (يعني استلمه في السلم) فإنه لا يصح التوكيل

أما إذا عين الشخص الذي يتعاقد معه عقد السلم بأن يقول : أسلم مالي عليك إلى فلان في كذا فإنه يصح

أما الصيغ الخاصة فإن منهم بأن يقول شخص لآخر : إذا لم تبع جملي هذا تكون امرأتي طالقا فإذا قال له ذلك وكله في بيع الجمل

ومنها : أن يقول : سلطتك على بناء هذه الدار مثلا بمنزلة قوله : وكلتك

ومنها : أن يقول : فوضت إليك دوابي أو أمر مماليكي وبذلك يملك حفظها ورعيها وعلفها والإنفاق عليها

ومنها : أن يقول : فوضت إليك امرأتي وبذلك يملك طلاقها في المجلس فقط أما إذا قال له : ملكتك أمر امرأتي فإنه يملك طلاقها في المجلس وغيره

المالكية – قالوا : الشروط المتعلقة بالوكيل ثلاثة :

الأول : الحرية فلا تصح بين رقيق وحر ولا بين رقيقين إلا إذا كان الرقيق مأذونا له بالتجارة من سيده فإنه حينئذ يكون في حكم الحر

الثاني : الرشد فلا تصح بين سفيهين ولا بين سفيه ورشيد . على أن هذا الشرط لهم فيه اختلاف فبعضهم يقول : يجوز في بعض الأمور ولكن ظاهر المذهب يقتضي أن المحجور عليه لا يصح أن يوكل أحدا عنه في الخصومة في تخليص ماله وطلب حقوقه . ويجوز للغير أن يوكله عن نفسه إلا إذا كانت امرأة محجورا عليها فإن لها أن توكل عنها غيرها فيما يتعلق بأمر عصمتها بل ليس لوليها قيام في ذلك إلا بتوكيل منها

(يتبع . . .) ." [1]

" – كل من شأنه أن يقرب من قلوب الناس فيها المحبة ويؤكد روابط الود مطلوب في نظر الشريعة الإسلامية ويتفاوت طلبه بتفاوت حاجة الناس إليه فما كان لازما ضروريا لحياتهم كان القيام به فرضا لازما على كل فرد من الأفراد كزكاة الأموال التي فرضها الله تعالى بقوله : ﴿ والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم ﴾ لأن لا بد منه في هذه الحياة الدنيا أن يوجد أفراد بين الناس عاجزون عن سلزك سبل الحياة وتحصل الضروري من القوت

فمن المفروض إنقاظ هؤلاء وإعطائهم ما يدفع غائلة الجوع والعري

أما ما زاد على ذلك من إنفاق المال وبذله فهو مندوب لما فيه من إيجاد التألف والتحاب

فالهبة مندوبة رسول الله صلى الله عليه و سلم " تهادوا تحابوا "

فمن تصدق بهيبته التحبب إلى الناس روابط الأخوة الإسلامية التي قال الله تعالى في شأنها ﴿ إنما المؤمنون إخوة ﴾ وقصد امتثال النبي صلى الله عليه و سلم فإنه يثاب على هبته بقدر نيته

أما من وهب ماله أو اهاده لغرض خسيس لا يقره ورسوله فإنه يعاقب بقدر نيته . كما قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " إنما الأعمال بالنيات "

ومعنى الهبة في اللغة التفضل على الغير ولو مال قال الله تعالى : (فهب لي من لدنك وليا)

أما معناها في اصطلاح الفقاء ففيه تفصيل المذاهب (١)

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة، ٧٤/٣

(١) (الحنفية – قالوا : الهبة تمليك العين بلا شروط العوض في الحال

ومعنى ذلك ان الشخص الذي يملك عينا صحيحا يصح له أن يملكها غيره من غير أن يتوقف ذلك التمليك على عوض يأخذه صاحب العين المرهوب له

وهذا لا ينافي أن للمالك أن يهب تلك العين بشرط أن يأخذ عوضا وهي **الهبة بشرط** العوض لأن الغرض نفى كون مشروطا في صحة الهبة

أما كونها قد لا يفعلها إلا الوض فذلك كما إذا قال له وهبتك هذه الدار بشرط أن تعطني مائة جنيه فقوله تمليك جنس يشمل البيع والهبة وغيرهما

وقوله العين فصل يخرج تمليك المنافع من إجارة وعارية ونحوهما . ولكنه يخرج هبة الدين لغير المدين لأن الدين لا يسمى عينا

فإذا كان لشخص مائة جنيه دينا على آخر فوهبها لشخص آخر وأمره بقبضها فإن الهبة تصح لأن الموهوب له أن بقبض المائة أولا بالنيابة عن صاحبها ثم يكون قابضا لها عن نفسه لأنها موهوبة له

نعم لا تصح الهبة إلا إذا امره بالقبض . ولا تلزم إلا بالقبض فإذا رجع الواهب قبل القبض بطلت الهبة

الجواب : ان الدين وغن كان لا يسمى عينا وهو دين إلا أنه يصير مالا بعد أن يأذنه بالقبض ثم يقبضه بالنيابة فإنه يصير بعد ذلك عينا لا دينا فتصح هبته فالمراد ما هو في الحال أو المآل

أما هبة الدين لمن عليه الدين فإنها ليست هبة حقيقة بل هي مجاز عن إبرائه من الدين فهي إسقاط وإن كانت بلفظ الهبة

وقوله بلا شرط العوض فصل أخرج البيع ونحوه مما يشترط فيه العوض ولكن تدخل فيه الصدقة لأنها تمليك العين بلا عوض

وأجاب بعضهم بأن التعريف هنا تعريف بالأعم وهو جائز في مثل هذه التعارف وقد يقال إن الصدقة ملاحظ فيها وجه الله تعالى فقط

أما الهبة فيلاحظ فيها خاطر الموهوب له سواء كان ذلك مع ملاحظة وجه الله أو لا كما يقول المالكية فإذا لوحظ ذلك في التعريف يكون حسنا

وقوله : في الحال فصل يخرج الوصية لأنها تمليك بلا عوض في المستقل

المالكية – قالوا : الهبة تمليك لذات بلا عوض لوجه الموهوب له وحده وتسمى هدية

ومعنى ذلك أن الشخص الذي عينا ملكا صحيحا له أن يملكها غيره بدون مقابل يأخذه مرضاة لذلك الشخص بقطع النظر عن الثواب الأخروي فالتمليك على هذا الوجه يسمى هبة

فقوله تمليك جنس يشمل الهبة والبيع ونحوهما

وقوله : لذات فصل يخرج المنافع كالعارية والوقف ونحوهما

وقوله : بلا عوض فصل يخرج ونحوه مما يشترط فيه العوض

وقوله : لوجه الموهوب له الخ فصل الصدقة لأنها تمليك لوجه الله تعالى وحده أو تمليك بقصد مرضاة الشخص ومرضاة الله على الراجح

وقيل الصدقة هي ما قصد بها ما قصد بها وجه الله وحده بدون ملاحظة المعطى (بالفتح)

الشافعية – قالوا : الهبة تطلق على معنين :

أحدهما : عام يتناول الهدية والصدقة

ثانيهما : خاص بالهبة ويقال لها ذات الأركان

فالمعنى تمليك تطوع حال الحياة فالتمليك خرج عنه ما ليس فيه تمليك كالعارية والضيافة والوقف لأنها إباحة وخرج بالتطوع التمليك القهري كالحاصل بالبيع هل الزكاة والنذر والكفارة كالبيع يقع فيها التمليك قهرا أو هي لا تمليك فيها بل هي من قبيل وفاء الدين ؟

والجواب : أن المستحقين في هذه الأشياء ملكهم قبل ان تدفع إليهم فإذا حال الحول على المال أصبح ملك المستحقين للزكاة متقررا في ذمة المكلف فإعطاؤها للذمة لا تمليك جديد ومثلها النذر والفارة . وقوله الحياة أخرج الوصية

فالمتطوع بتمليك ماله من غير عوض حال حياة يقال له : مصدق ومهدي وموهب أما المعنى الخاص فهو مقصور على الهبة وهو تمليك تطوع في حياة لا لإكرام ولا ثواب أو احتاج بإيجاب وقبول

فقوله : لا لأجل ثواب أو احتياج أخرج الصدقة لأن المقصود منها الثواب الأخروي أو سد حاجة الفقير

وكذلك قوله بإيجاب وقبول فإن الصدقة والهدية لا يشترط فيها الإيجاب والهبة بهذا المعنى هي مقصودة عند الإطلاق

ومن هذا تعلم أن الصدقة هي تمليك تطوع حال الحياة لأجل الثواب أو الاحتياج وهذا المعنى يسمى هبة والهدية تمليك تطوع كذلك لقصد الإكرام الخ . وهذا المعنى يسمى هبة أيضا فكل صدقة هبة وكل هدية هبة

أما الهبة بالمعنى الخاص فلا تسمى صدقة ولا هدية . فإذا حلف لا يتصدق أو لا يهدي ثم وهب بالمعنى الخص فإنه لا يحنث

أما إذا حلف لا يهب ثم تصدق أو أهدى فإنه يحنث

ويمكن اجتماع الثلاثة فيما إذا أعطى له شيئا إكراما وقصد ثواب الآخرة تأتى بإيجاب وقبول فهذا يقال له هبة وصدقة وتنفرد فيما إذا يقصد الثواب أو الإكرام ويأتي بالإيجاب والقبول

أما الصدقة والهدية فإنهما لا ينفردان لأن الإعطاء مع الإكرام يسمى هدية وهبة وكذلك الإعطاء مع قصد الثواب

الحنابلة – قالوا : الهبة تمليك جائز التصرف مالا معلوما أو مجهولا تعذر علمه موجودا مقدورا على تسليمه غير واجب في هذه الحياة بلا عوض

فقوله : تمليك جائز التصرف معناه أن يكون لشخص مال مملوك فيملكه (يعطيه) لغيره بشرط أن يكون صاحب المال أهلا للتصرف (مكلف رشيد)

وقوله : (مالا) يشمل العقار الثابت والمنقول فإنه يصح هبته

وقوله : (معلوما أو مجهولا تعذر علمه) معناه أن المال الذي يوهب لا بد أن يكون معلوما فلا تصح هبة المجهول إلا علمه كما إذا اختلط قمح شخص بقمح جاره فإنه يصح أن يهب أحدهما قمحه لصاحبه

وقوله : موجودا خرج المعدوم فلا يصح هبة قبل أن تحمل به

وقوله : مقدورا على تسليمه خرج ما ليس كذلك كالطير في الهواء فإن هبته لا تصح

وقوله : غير واحب خرج به المال الواجب بذله كمال الزكاة والنذر والكفارة فإنه ليس بهبته

وقوله : بلا عوض خرج به البيع ونحوه

والهبة والهدية والصدقة والعطيه بمعنى واحد وهو تمليك في الحياة بلا عوض إلا أنها تختلف بالنية

فإذا أرد بإعطائه ثواب الآخرة فقد كانت صدقة

وإن قصد إكراما وتوددا ومكافأة كانت هدية

وإن لم يقصد شيئا كانت هبة وعطية) ." (١)

" – تصح الهبة في مقالبل عوض مالي كما إذا قال شخص لآخر : وهبت لك داري هذه بشرط أن تعوضني عنها مائة جنيه أو نحو ذلك على تفصيل المذاهب (١)

---

(١) (المالكية – قالوا : للواهب أن يشترط العوض المالي على هبته ويعبر عن العوض بالثواب ويقال للهبة (هبة الثواب)

وينبغي أن يكون شرط العوض مقارنا لصيغة الهبة كأن يقول وهبتك أو أعطيتك هذا الشيء على أن تعوضني أو تثيبني

وهل يشترط تعين جنس العوض وقدره أو لا ؟

والجواب أنه لا يشترط على الصحيح

ففي ذلك صورتان الصورة الأولى : أن لا يعين جنس العوض وقدره بأن يقول الواهب : وهبت لك كذا بشرط أن تعوضني فإذا قبل الموهوب له كان الحكم في هذه الصورة أن عقد الهبة يلزم الواهب إذا قبض الموهوب العين الموهوبة

أما قبل القبض فللواهب الرجوع فإذا قبضها الموهوب له لا يلزمه دفع العوض بالقبض بل له أن يردها على صاحبها أو يدفع له قيمتها على صاحبا قبولها أو قبول قيمتها

أما قبل القبض فله أن يمتنع عن قبول قيمتها ولو مضاعفة هذا إذا لم يتصرف فيها الموهوب له تصرفا يزيد في قيمتها فإن زادت عنده بسمن أو كبر أو نقصت بمرض فإنها تلزم الموهوب له في هذه الحالة وعليه دفع فقيمتها على المعتمد وليس له ردها

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة، ٣/١٢٤

والحاصل أن الواهب يكون مخيرا قبل القبض أما بعد القبض فإن الواهب يلزم بتنفيذ الهبة ويكون الخيار للموهوب له بين رد العين الموهوبة وبين دفع قيمتها يوم قبضها وهذا إذا لم يتصرف بما يغير حالها من زيادة فإن فعل كان ملزما بالقيمة

الصورة الثانية : أن يعين جنس العوض وقدره كأن يقول له وهبت لك هذه الدار بشرط ان تعوضني مائة أو تعوضني البستان الفلاني وحكم هذه الصورة أن العقد يلزم بمجرد القبول سواء قبض الموهوب له بالعوض سواء قبض أو لم يقبض فالعقد منهما برضى الموهوب له فإذا متنع عن دفع العوض يجبر عليه

والهبة في نظير العوض بيع في الحقيقة فلا تخالف إلا في أمور يسيرة منها أنها تجوز مع جهل العوض بخلاف البيع فإنه يشترط فيه الثمن وأنها تجوز الأجل بخلاف البيع

ولا يلزم أن يكون القبول فيها فورا كما في البيع فهي تحل ما أحله البيع ما حرمه ؟ ؟ فلا تصح هبتة ما لا يصح بيعه كالجنين في بطن أمه وثمر البستان الذي يظهر صلاحه

ويلاحظ في العوض أن يكون مما يصح دفعه في بيع السلم حتى لا يفضي إلى الربا فإذا وهب له عروض تجارة يجوز أن يعوضه عنها من فضة وذهب أو طعام من قمح وشعير إلى ونحوهما أو عروض تجارة من غير جنس العروض الوهوبة وهب له قماشا ساغ أن يعوضه عنها أو أصنافا عطرية ونحو ذلك

وإذا وهب له فضة فلا يصح أن يعوضه عنها دهبا إذا كان في المجلس قبل تفرقهما أما في المجلس فيجوز لأنه يكون من قبيل الصرف

وكذلك إذا وهب له ذهبا فإنه لا يجوز أن يعوضه فضة إلا في المجلس له خروفا مذبوحا (لحما) فإنه لا يجوز أو يعوضه خروفا حيا وبالعكس . وإذا وهب (حبوبا) فإنه يجوز أن يعوضه عنها عروض تجارة ونقودا ولا حبوبا لئلا يفضي ذلك بيع الطعام لأجل منع الزيادة ولو في الجملة

وإذا لم يشترط الواهب العوض لفظا لا مبهما ولا معينا ولكنه ادعى أنه قصد العوض عند هبته بعد قبض العين الموهوبة فإنه يصدق مالم تقم قرينة أو يدل عرف عملي يشهد ضده فإذا كان مثل الواهب لا يطلب في هبته عوضا من مثل الموهوب لن القول للوهوب له قبل القبض فالقول للواهب مطلاق

وإذا كانت الهبة لعرس وكان العرف يقتضي معوض عليها فللواهب أن يأخذ قيمة هبته معجلا ولا ينتظر إلى عرس عنده كما هو المعتاد في بعض الجهات هدايا العرس مثلها إلى مهديها

وإذا اخذ المهدي قيمتها عاجلا فإن لصاحب العرس أن يحاسبه على ما أكله عنده وأتباعه من نساء ورجال

أما إذا كان العرف لا يقضتي الرد فلا حق للواهب في طلبها

وإذا وهب نقودا مسكونة ولم يشترط العوض فإنه لاحق له في المطالبة بالعوض بدعوى أنه كان ينوي العوض مطلقا ومثل التقود المسكوكة السبائك والحلي المكسر فإنه لا عوض فيه إلا بالشرط أما الحلي الصحيح فإن الواهب يصدق فيه

فإن وهب أحد الزوجين للآخر فإنه لا يصدق في دعوى العوض إلا إذا شرطه أو قامت قرينه تدل على نية العوض وهذا في غير النقود المسكوكة أما هي فلا يصدق فيها إلا بالشرط ولا تكفي القرينة

وكذا إذا وهب شيئا لقادم من سفر ولم يشترط العوض فإنه لا يصدق في دعوى العوض ولو كان فقيرا وتضيع الهبة مجانا

الحنفية – قالوا : **الهبة بشرط** العوض جائزة ويصح عقد الهبة والعوض لازما للواهب والموهوب له إذا قبض الواهب العوض أما إذا لم يقبضه كان لكل منهما الرجوع ولو قبض الموهوب الهبة كما عرفت

ويشترط في ذلك أن يذكر الموهوب له لفظا يعلم الواهب منه لأن العوض بدل عن كل هبته كأن يقول له : خذ هذا المال أو العقار عوض هبتك أو بدلها أو في مقابلها ونحو ذلك . فإذا لم يذكر ذلك كان للواهب حق الرجوع في هبته وكان للموهوب له حق الرجوع في العوض الذي دفعه

وبعضهم يقول إنه لا يشترط أن يقول خذ بدل هديتك أو عوضها بل اللازم فعل ما يدل على ذلك بما هو متعارف بين الناس فإذا دفع إليه المبلغ بقصد العوض وكان معروفا أنه لا يكون لهما حق الرجوع

ويشترط في العوض ما يشترط في الهبة فلا يتم إلا بالقبض ولا بد أن يكون مقروزا غير شائع الخ ولا فرق فيه بين أن يكون موازيا للهبة أو أكثر أو أقل

وإذا وهب الأب لابنه الصغير فإنه لا يجوز له أن يأخذ في نظير هبته عوضا من مال الصغير وإذا وهب الموهوب . وإذا وهب النصراني للمسلم عينا فإنه لا يجوز أن يعوضه بدلها خمرا أو خنزيرا

ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب . فإذا وهب له بقرتين فلا يصح أن يعطيه إحداهما عوضا فإذا فعل كان للواهب حق الرجوع في الثانية

وهل يشترط في العرض أن يذكر في عقد الهبة أو يصح بعد تمامها بحيث إذا قبضها الموهوب له وأراد الواهب الرجوع فيها فأعطاه الموهوب له عوضا يصح ويمنع الرجوع ؟ خلاف

وبعضهم يقول : إنه لا بد من ذكره في عقد الهبة

وبعضهم يقول : لا بل اللازم هو إضافة للهبة التي تمت كأن يقول : هذا عوض عن هبتك فإذا قبضه لا يكون له حق الرجوع

أما إذا لم ينص على أنه عوض عن هبته فإن الوض يكون هبة جديدة ويكون لكل منهما حق الرجوع

الشافعية – قالوا : **الهبة بشرط** العوض ويقال له الثواب صحيحة بشرط أن يكون العوض معلوما وفي هذه الحالة تكون بيعا لها حكم البيع

أما إذا لم يشترط العوض ولا عدمه فإذا كانت قرينة على طلب العوض وجب دفعه أو رد الموهوب وإذا لم تقم قرينة فلا عوض ولا فرق في ذلك بين أن يكون الواهب أعلى من الموهوب له أو نظيره أو أدنى منه

وإذا شرط عوضا غير معين كأن قال : وهبتك على أن تعوضني دابة مثلا فإن الهبة تبطل فإذا قبضها كانت معاوضة بالشراء الفاسد فيضمنها ضمان المغصوب

الحنابلة – قالوا : الهبة بشرط العوض تصح إن كان العوض معلوما حكم البيع تثبت فيها الشفعة ونحوها مما يثبت في البيع

أما إن كان العوض مجهولا فإن الهبة لم تصح أصلا ويكون حكمها في هذه الحالة حكم البيع الفاسد فغن قبضها الموهوب له كان عليه ضمانها بمثلها وإن كانت مثلية وقيمتها إن كانت متقومة وإن كانت باقية وجب عليه ردها بزيادتها المتصلة والمفصلة

وإذا لم يشترط الواهب العوض لفظا وادعى أنه وهبها للعوض يسمح قوله – ولو قامت القرينة على ذلك أو كان العلاف مؤيدة في دعواه – لأن مدلول لفظ هبة العوض والقرائن لا تساوي اللفظ الصريح فلا يعمل بها) ." [١]

" فأما الصيغة فإنه يشترط لصحتها ثلاثة عشر شرطا وقد ذكرت مفصلة في الجزء الثاني صحيفة ١٥٠ طبعة خامسة في أحكام البيع . ومنها عدم التعليق كأن يقول له : زوجتك ابنتي إن أعطيتني دار كذا

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة، ١٣٣/٣

أو إن رضيت بك زوجا فإنه لا يصح . ومنها التأقيت كأن يقول لها : زوجيني نفسك مدة شهر وهو نكاح المتعة وقد ورد النهي عنه في خبر الصحيحين . ويزاد على ما ذكر في البيع هنا أن تكون الصيغة بلفظ مشتق من تزويج أو انكاح كزوجتك ابنتي أو أنكحتك موكلتي . فلو قال : أزوجك ابنتي بلفظ المضارع أو أنكحتك إياها فإنه لا يصح لأنه يحتمل الوعد . أما إذا قال : أزوجك ابنتي الآن . أو قال : إني مزوجك ابنتي ولو لم يقل : الآن فإنه يصح لأن اسم الفاعل حقيقة في الحال فلا يحتمل الوعد . ويصح العقد بالألفاظ المحرفة كما إذا قال له : جوزتك موكلتي حتى ولو لم تكن لغته على المعتمد : وكذلك يصح بالألفاظ الأعجمية . ولو كان العاقدان يعرفان العربية بشرط أن يكونا فاهمين معناها . فلو خاطبته بالفرنساوية أو الإنكليزية بقولها : زوجتك نفسي وقبل صح العقد ويصح بقوله : زوجني ابنتك فيقول له : زوجتك كما يصح بقول الولي تزوج بنتي فيقول له : تزوجت . ولا ينعقد النكاح بغير هذه الصيغ الصريحة فلا يصح بقوله : أحللت لك ابنتي أو بعتها لك أو ملكتك إياها أو وهبتها لك أو نحو ذلك من الصيغ التي يصح انعقاده بها عند الحنفية فلا بد عند الشافعية من لفظ مشتق من انكاح أو تزويج ويقول : إن هذا هو المراد من كلمة الله الواردة في حديث " واستحللتم فروجهن بكلمة الله " لأن كلمة الله الواردة في القرآن هي نكاح وتزويج لا غير ولا يصح أن يقاس عليها غيرها

وبالجملة فلا يصح النكاح بالكناية لأنها تحتاج إلى نية والشهود ركن ولابد لهم من الإطلاع على النية ولا يمكن الإطلاع عليها

وأما القبول فلا بد أن يقول فيه : قبلت فيه زواجها أو نكاحها أو النكاح أو التزويج أو رضيت نكاحها أو أحببته أو أردته فلو قال : قبلت وسكت فإنه لا يصح ويصح تقديم القبول على الإيجاب

وأما الشروط المتعلقة فهي أمور :

أحدها : أن يكون مختارا فلا يصح من مكروه

ثانيها : أن يكون ذكرا فلا يصح من أنثى ولا خنثى لعدم صحة ولا يتهما

ثالثها : أن يكون محرما فلا يصح من غير محرم

رابعها : أن يكون بالغا فلا يصح من صبي لعدم ولايته

خامسها : أن يكون عاقلا فلا يصح من مجنون لعدم ولايته

سادسها : أن يكون عدلا فلا يصح من فاسق لعدم ولايته

سابعها : أن لا يكون محجورا عليه لسفه لعدم ولايته

ثامنها : أن لا يكون مختل النظر

تاسعها : أن لا يكون مخالفا في الدين لعدم ولايته

عاشرها : أن لا يكون رقيقا ولايته

أما الشروط المتعلقة بالزوج فأمور : أن يكون غير محرم للمرأة فلا يصح أن يكون أخا لها أو ابنا أو خالا أو غير ذلك من المحارم سواء كانت من نسب أو مصاهرة أو رضاع و أن يكون مختارا فلا يصح نكاح المكروه وأن يكون معينا فلا يصح نكاح المجهول وأن لا يكون جاهلا حل المرأة فلا يجوز له أن يتقدم على نكاحها وهو جاهل لحلها

وأما الشروط المتعلقة بالزوجة فأمور : أن لا تكون محرما له وأن تكون معينة وأن تكون خالية من الموانع فلا يحل نكاح محرمة ولا نكاح إحدى المرأتين مثلا ولا نكاح المتزوجة أو المعتدة

وأما الشروط المتعلقة بالشاهدين فهي الشروط المتعلقة بسائر الشهود : فلا تصح شهادة عبدين أو امرأتين أو فاسقين : أو أصمين أو أعسبين أو خنثيين لم تتبين ذكورتهما كما لا تصح شهادة المتعين للولاية فلو انحصرت الولاية في الأب أو الأخ فوكل غيره بمباشرة العقد وحضر هو فإنه لا يصح أن يكون شاهدا وإن اجتمعت فيه شروط الشهادة لأنه في الواقع ولي عاقد فلا يكون شاهدا كالزوج ووكيله فلا تصح شهادته مع وجود وكيله ودليل الشهادة مع الولي في النكاح ما رواه ابن حبان " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل "

وينعقد النكاح بشهادة ابني الزوجين أو ابني أحدهما ولكن لا يثبت به النكاح كما يقول الحنفية ومثل الابن العدو فإنه يصح شهادته في انعقاد النكاح ولكن لا يثبت به عند الإنكار لعدم صحة شهادته على عدوه

ويصح النكاح بمستوري العدالة – وهما المعروفان بها ظاهرا لا باطنا – إذ لو اعتبرت العدالة في الواقع لتعذر الحصول على الشهود

ويسن الاشهاد على رضا غير المجبرة احتياطا كي لا تنكر وذلك لأن رضاها ليس من نفس النكاح الذي جعل الاشهاد ركنا له وإنما رضاها شرط في النكاح فيسن الاشهاد على وقوعه منها ورضاها قد يحصل بإخبار وليها من غير شهادة

الحنابلة – قالوا : للنكاح أربعة شروط : الشرط الأول تعيين الزوجين يقول : زوجتك ابنتي فلانة فإذا قال : زوجتك ابنتي بغير تعيين وكان له غيرها لم يصح إذا قال : قبلت نكاحها لابني وله غيره بل يلزم أن يقول لابني فلان فلا بد من أن يميز الزوج والزوجة باسمه أو بصفته التي لم يشاركه فيها غيره كقوله : بنتي الكبرى أو الصغرى أو البيضاء أو الحمراء أو ابني الكبير أو الصغير أو نحو ذلك

وقد عرفت أن صيغة النكاح لا بد أن تكون بلفظ النكاح أو التزويج وأما القبول فيكفي فيه أن يقول : قبلت أو رضيت فلا يشترط فيه أن يقول : قبلت زواجها أو نكاحها ولا يصح أن يتقدم القبول على الإيجاب . ويشترط الفور فإن تأخر القبول عن الإيجاب حتى تفرقا أو تشاغلا بما يقطعه عرفا فإنه لا يصح ولا يشترط أن يكون اللفظ عربيا بل يصح بغير العربية من العاجز عن النطق بالعربية بشرط أن يؤدي معنى الإيجاب والقبول بلفظ التزويج أو النكاح بالكتابة ولا بالإشارة إلا من الأخرس فإنه يصح منه بالإشارة المفهومة

الشرط الثاني : الاختيار والرضا فلا ينعقد نكاح المكروه إذا كان عاقلا بالغا ولو رقيقا لأن السيد ليس له اكراهه على الزواج لأنه يملك الطلاق فليس لإكراهه على الزواج معنى أما إذا لم يكن عاقلا بالغا فإن للأب اكراهه وكذلك وصي الأب والحاكم أما غيرهم فلا يصح له أن يزوج غير المكلف ولو رضي لأن رضاه غير معتبر . وللأب أن يجبر البكر ولو كانت بالغة كما سيأتي في مبحث الولي

الشرط الثالث : الولي ويشترط فيه سبعة شروط الذكورة إذ لا تصلح ولاية المرأة العقل إذ من لا عقل له لا يمكنه النظر في شؤون نفسه فلا يصلح أن يتولى شؤون غيره – ولا يضر الاغماء – البلوغ لأن الولاية لا

تصلح من الصغير لقصر أمره عن تدبير شؤون غيره . الحرية فلا تصح ولاية العبد لأنه لا ولاية له على نفسه فلا يصح أن يكون له ولاية على

غيره . اتفاق الدين فلا تصح ولاية كافر على مؤمن ولا ولاية مجوسي على نصراني إلا السلطان فإن له الولاية بصرف النظر عن اختلاف الدين . الرشد – وهو أن يكون ذا خبرة بمعرفة الكفء الصالح – ومصالح النكاح

الشرط الرابع من شروط النكاح : الشهادة فلا يصح إلا بشهادة ذكرين بالغين عاقلين عدلين ولو كانت عدالتهما ظاهرا ولو رقيقين ويشترط فيهما أن يكونا متكلمين مسلمين سميعين فلا تصح شهادة

الأصم والكافر ويشترط أن يكونا من غير أصل الزوجين وفرعيهما فلا تصح شهادة أب الزوجة أو الزوج أو أبنائهما لأن شهادتهما لا تقبل وتصح شهادة الأعميين وشهادة عدوي الزوجين

الشرط الخامس : خلو الزوجين من الموانع الشرعية

المالكية - قالوا : لكل ركن من أركان النكاح المتقدمة شروط فيشترط في الصيغة شروط أحدها : أن تكون بألفاظ مخصوصة وهي أن يقول الولي : أنكحت بنتي أو زوجتها أو يقول له : زوجني فلانة ومتى تلفظ الولي أو الزوج بلفظ الانكاح أو التزويج فيكفي أن يجيبه الآخر بما يدل على القبول بأي صيغة كأن يقول : قبلت أو رضيت أو نفذت أو أتممت ولا يشترط أن يقول : قبلت نكاحها أو زواجها كما هو رأي الشافعية فإذا خلا لفظ الزوج أو الولي عن الانكاح والتزويج فإن النكاح لا ينعقد على المعتمد إلا بلفظ **الهبة بشرط** أن يكون مقرونا بذكر الصداق بأن يقول الولي : وهبت لك ابنتي بصداق كذا أو يقول الزوج : هب لي ابنتك بصداق كذا . أما غير ذلك من الألفاظ التي تفيد التمليك كبعت وتصدقت ومنحت وأعطيت وملكت وأحللت مع ذكر الصداق بأن يقول : بعت لك ابنتي بصداق قدره كذا فإن فيها خلافا . والراجح عدم انعقاد النكاح بها . أما إذا لم يذكر الصداق فإن النكاح لا ينعقد لها اتفاقا . فتحصل من هذا أنه يشترط في الصيغة أن تكون بلفظ الانكاح أو التزويج أو **الهبة بشرط** ذكر الصداق

ثانيها : الفور فيشترط لصحة النكاح أن لا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل كثير يقتضي الاعراض . فإذا قال الولي : زوجتك فلانة قال الزوج : قبلت ذلك الزواج . ولا يضر الفاصل اليسير كما إذا فصل بخطبة قصيرة ونحوها ويستثنى من ذلك الإيصاء بالتزويج فإنه يغتفر فيه الفاصل الطويل فإذا قال : إن مت زوجت ابنتي لفلان فإنه يصح ولا يلزم أن يجيبه الموصى له على الفور بقوله قبلت بل يصح إذا قبل الزوج بعد موت الموصي سواء كان القبول بعد موته بمدة قريبة أو بعيدة على المعتمد . إنما يشترط لصحة النكاح بالوصية أن تكون الوصية في مرض مات فيه سواء كان مخوفا أولا وسواء طال أو قصر . ومثل ذلك ما إذا قال : زوجت ابنتي لفلان إن رضي فإنه إذا رضي يعقد النكاح . ولا يلزم أن يكون موجودا في المجلس بل يصح أن يرضى بعد علمه ولو بزمن طويل . والحاصل أن الفور شرط فيما إذا كان الطرفان حاضرين في مجلس العقد وفي هذه الحالة لا يغتفر الفصل بين الإيجاب والقبول إلا بالأمر اليسير . وبذلك تعلم أن الإيصاء بالنكاح والتعليق على الرضى ينعقد بهما عند المالكية خلافا لغيرهم

ثالثها : أن لا يكون اللفظ مؤقتا بوقت كأن يقول للولي : زوجني فلانة شهرا بكذا أو يقول قبلت زواجها مدة شهر بكذا وهذا هو نكاح المتعة الآتي

رابعها : أن لا يكون مشتملا على الخيار أو على شرط يناقض العقد وسيأتي بيان ذلك في مبحث الشروط

ويشترط في الولي ثمانية شروط : الذكورة والحرية والعقل والبلوغ وعدم الإحرام وعدم الكفر – إذا كان وليا لمسلمة – أما ولاية الكافر لمثله فصحيحة وعدم السفه إذا لم يكن عاقلا أما إذا كان سفيها ولكن ذا رأي وعقل فإن سفهه لا يخرجه عن الولاية فله حق إجبار المرأة وعدم الفسق

ويشترط في الصداق أن يكون مما يملك شرعا فلا يصح الصداق إذا كان خمرا أو خنزيرا أو ميتة أو كان مما لا يصح بيعه كالكلب أو كان جزء ضحية فإذا وقع العقد على صداق من هذه الأشياء كان فاسدا ويفسخ وجوبا قبل الدخول فإن دخل بها فإن العقد يثبت بصداق المثل كما يأتي في الصداق

أما الشهادة فقد عرفت أنها ضرورية لا بد منها ولكن لا يلزم أن يحضر الشهود عند العقد بل يندب ذلك فقط فإذا قال الولي : زوجتك فلانة وقال الزوج : قبلت انعقد النكاح وإن لم يحضر أحد ولكن يجب أن يحضر شاهدان عند الدخول بها فإن دخل عليها من غير شاهدين فسخ النكاح بطلقة لأنه عقد صحيح فيكون فسخه طلاقا بائنا وذلك لأن عدم الإشهاد مطلقا يفتح الباب على مصراعيه للزناة إذ يمكن كل واحد في خلوة مع امرأة خالية الأزواج أن يدعي العقد عليها . ولا بد أن يشهد شاهدان غير الولي فلا يرفع الفسخ حضور الولي . وإذا عقد الولي من غير شهود ثم تفرقا فلقي الولي شاهدين فقال لهما : أشهدكما بأنني زوجت فلانا لفلانة ولقي الزوج شاهدين غيرهما فقال لهما : أشهدكما بأنني تزوجت فلانة فإنه يصح ويقال لهذه الشهادة : شهادة الأبداد – أي المتفرقين – وهي تكفي في النكاح والعتق فيكون على الزوج شاهدان وعلى الولي شاهدان

وينبغي أن يكون شاهدا الولي غير شاهدي الزوج فإن كان شاهدا أحدهما عين شاهدي الآخر فلا تكون الشهادة شهادة أبداد ولكن يكفي ذلك في العقد إذ لا يلزم فيه أن يكون الشهود أربعة

ثم إذا دخل عليها بدون شهادة اثنين واعترف بأنه وطئها أو قامت بينة بأنه وطئها كان عليهما حد الزنا ما لم يشتهر الدخول بها – كزوجة له – بوليمة أو دف أو ايقاد نار أو نحو ذلك مما يعمل عادة عند الدخول بالأزواج وكذا إذا كان على الدخول أو العقد شاهد واحد

ثم إن أمكن حضور شاهدي العدل ليشهدا على العقد أو النكاح فإنه لا يشهد غيرهما وإن لا فتصح شهادة المستور بشرط أن لا يكون مشهورا بالكذب ويستحسن في هذه الحالة الاستكثار من الشهود

ويشترط في الزوجين الخلو من الموانع كالإحرام فلا يصح العقد في حال الإحرام وأن لا تكون المرأة زوجة للغير أو معتدة منه . وأن لا يكونا محرمين بنسب أو رضاع أو مصاهرة) ." [١]

"قال ابن الهمام (١) : كذا في عامة الشروح بل والمتون ، ويرد عليه النقض عكسا **بالهبة بشرط** العوض ، ولذا عرف بأنه : تمليك عين بلا شرط عوض .واعترض عليه بأنه يصدق على الوصية .واختار ابن الهمام التعريف بالهبة بأنها : تمليك المال بلا عوض في الحال (٢) .وعند المالكية عرفت الهبة بأنها : تمليك متمول بغرض عوض إنشائي (٣) ، فقولهم متمول : أخرج به تمليك غيره كتمليك الإنكاح .وبغير عوض : أخرج البيع وغيره من المعاوضات .وإنشائي : أخرج الحكم باستحقاق الوارث ؛ لأنه تقرير لا إنشاء .وعند بعض المالكية : الهبة لا لثواب : تمليك ذي منفعة لوجه المعطى_____________(١) هو المحقق الكمال محمد بن عبد الواحد بن عبد المجيد السكندري ، الشهير بابن الهمام الحنفي ، محدث فقيه لغوي ، أصله من سيواس ، ولد بالإسكندرية عام ٧٩٠هـ من كتبه : فتح القدير في شرح الهداية ، والتحرير في أصول الفقه ، والمسايرة في العقائد المنجية في الآخرة ، توفي بالقاهرة سنة ٨٦١ هـ انظر : الضوء اللامع ٨ \ ١٢٧ ، وشذرات الذهب ٧ \ ٢٩٨ ، والأعلام ٦ \ ٢٥٥ .(٢) انظر : فتح القدير ٩ \ ١٩ .(٣) انظر : مواهب الجليل ٦ \ ٤٩ ، وشرح الخرشي ٧ \ ١٠١ .." [٢]

"بينة صاحبها على موضع آخر ، بينة المؤجر أنه استأجر منه الحانوت طائعا أولى من بينة الآخر على الإكراه .(أقول) تقدم في البيع أن بينة مدعيه كرها أولى في الصحيح فلعل هذا مبني على خلاف الصحيح تأمل ، بينة المستأجر أولى فيما لو سقط أحد مصراعي باب الدار فادعاه كل منهما ، بينة المؤجر أنه سلمه الدار في المدة أولى من بينة المستأجر أنها كانت في يد الآجر هذه المدة ، بينة المؤجر أولى في قدر الأجرة وبينة المستأجر أولى في قدر المدة .بينة راكب السفينة أولى فيما لو قال لصاحبها استأجرتني لأحفظ لك السكان ، بينة رب الدابة أولى فيما لو قال له الراكب استأجرتني لأبلغها إلى فلان (هبة) ، بينة مدعي **الهبة المشروطة** بعوض أولى من بينة الرهن وغير المشروطة بالعكس ودلت المسألة على أن بينة

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة، ١٤/٤

(٢) مجلة البحوث الإسلامية، ٩٠/٧٣

البيع أولى من بينة الرهن ، بينة الشراء من ذي اليد أولى من بينة الهبة والقبض منه إلا إذا أرخ الثاني فقط أو كان تاريخه أسبق ، بينة مدعي نكاح الأمة أولى من بينة مدعي الهبة أو الصدقة أو الرهن ما لم يسبق تاريخ الآخر أو يكن أحدهما زائدا والآخر خارجا وفي المسألة بحث يطلب من الأصل ، بينة الوارث أن المورث وهبه كذا في الصحة أولى من بينة الآخرين على المرض (عارية ووديعة) ، بينة المعير أنها هلكت بعدما جاوز الموضع أولى من بينة المستعير أنه ردها إليه ، بينة المودع أن رب الوديعة عزلك من الوكالة بقبضها أولى من بينة الوكيل بالقبض ،." (١)

"فدخلا تحت قول البزازي إنه لا يملك التبرع وهل له الإقراض **والهبة بشرط** العوض فإن القرض عارية ابتداء معاوضة انتهاء وينبغي أن لا يملكها ؛ لأنه لا يملكه إلا من يملك التبرعات ولذا لا يجوز إقراض الوصي مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وإن كان معاوضة في الانتهاء وظاهر العموم أنه يملك قبض الدين واقتضاءه وإيفاءه والدعوى بحقوق للموكل وسماع الدعوى بحقوق على الموكل والأقارير على الموكل بالديون ولا يختص بمجلس القاضي ؛ لأن ذلك في الوكيل بالخصومة لا في العام .ا هـ ..." (٢)

"وذكر قاضي خان في فتاواه عند الحنفية (١) : أن بيع العصير ممن يتخذه خمرا: إن قصد به التجارة، فلا يحرم، وإن قصد به لأجل التخمير حرم (٢) ، وكذا غرس الكرم على هذا.وهجر المسلم أخاه فوق ثلاثة أيام دائر مع القصد، فإن قصد هجر المسلم حرم، وإلا لا.والإحداد للمرأة على ميت غير زوجها فوق ثلاث دائر مع القصد ،فإن قصدت ترك الزينة والتطيب لأجل الميت حرم عليها، وإلا فلا. وإذا قرأ المصلي آية من القرآن جوابا لكلام، بطلت صلاته وكذا إ ذا أخبر المصلي بما يسره فقال: الحمد لله، قاصدا الشكر، بطلت صلاته، أو بما يسوؤه، فقال: لا حول ولا قوة إلا بالله أو بموت إنسان فقال: إنا لله وإنا إليه راجعون، قاصدا له، بطلت صلاته.وإن سجد امرؤ للسلطان، فإن كان قصده التعظيم والتحية، دون الصلاة لايكفر، لأمر الملائكة بالسجود لآدم عليه السلام، وسجود إخوة يوسف له عليه السلام.والأكل فوق الشبع حرام بقصد الشهوة، وإن قصد به التقوي على الصوم أو مؤاكلة الضيف فمستحب.والكافر إذا تترس بالمسلم، فإن رماه مسلم، فإن قصد قتل المسلم حرم، وإن قصد قتل الكافر لا يحرم.وإذا توسد الكتاب، فإن قصد الحفظ لا يكره، وإلا كره. وإن غرس في المسجد، فإن قصد الظل لا يكره. وإن قصد

---

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية، ٤/٢٥٤

(٢) تنقيح الفتاوى الحامدية، ٤/٢٧٤

منفعة أخرى يكره.وكتابة اسم الله تعالى على الدراهم، إن كان بقصد العلامة لا يكره، وللتهاون يكره.والجلوس على جوالق (وعاء) فيه مصحف، إن قصد الحفظ لا يكره، وإلا يكره.وكنايات البيع والهبة والوقف والقرض والضمان والإبراء والحوالة والإقالة والوكالة وتفويض القضاء، والإقرار والإجارة والوصية والطلاق والخلع والرجعة والإيلاء والظهار واللعان، والأيمان والقذف والأمان، إن قصد بها ما يقصد بالصريح وقع وإلا فلا (٣) .القاعدة الثالثة ـ (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني):هذه القاعدة أخص من القاعدة الثانية السابقة، فهي في العقود خاصة، والثانية عامة في كل التصرفات.ومعناها: أن ألفاظ العقود تحول العقد إلى عقد آخر إذا قصده العاقدان، **فالهبة بشرط** العوض، مثل وهبتك كذا بشرط أن تعطيني كذا، هي بيع؛ لأنها في معناه، فتأخذ أحكام البيع--------------------------------------(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص ٢٢.(٢) وقال الشافعية: يحرم بيع الرطب والعنب لعاصر الخمر والنبيذ، أي لمتخذها لذلك بأن يعلم منه ذلك أو يظنه ظنا غالبا، ومثله بيع السلاح لباغ وقاطع طريق، للنهي عن ذلك، لكن لايبطل البيع بسبب النهي (مغني المحتاج: ٢/٣٧ -٣٨).(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص ٢٢-٢٣، وللسيوطي: ص ٩ - ١٠..." [١]

"إحداث عقود جديدة لا تخالف نصوص الشريعة ومبادئها وقواعدها العامة، كما يقول الحنابلة وبخاصة ابن تيمية وابن القيم. أو من طريق القياس والاستحسان والعرف والمصالح المرسلة وغيرها من أدلة التشريع كما يقول الحنفية والمالكية والشافعية.التقسيم الثالث ـ بالنظر إلى غاية العقد وأغراضه :تنقسم العقود بحسب أغراضها وغاياتها إلى مجموعات سبع، فقد تكون غاية العقد هي تمليك شيء، أو الاستيثاق، أو الحفظ، أو التفويض ونحو ذلك.١ - التمليكات: وهي ما يقصد بها تمليك شيء، عين أو منفعة، فإن كان التمليك بعوض فهي عقود المعاوضات كالبيع والإجارة، والصرف والصلح، والقسمة، والاستصناع، والمزارعة والمساقاة، والزواج، ونحوها مما فيه معاوضة ومبادلة بين طرفين.وإن كان التمليك مجانا بغير عوض فهي عقود التبرعات، كالهبة والصدقة والوقف والإعارة وحوالة الدين.وقد يكون التبرع في ابتداء العقد كالقرض والكفالة بأمر المدين، **والهبة بشرط** العوض، ثم يلزم الطرف الآخر بدفع البدل، فهي تبرع ابتداء، معاوضة انتهاء.٢ - الإسقاطات: وهي ما يقصد بها إسقاط حق من الحقوق، سواء ببدل، أم بدون بدل.فإن كان الإسقاط بدون بدل من الطرف الآخر فهو الإسقاط المحض، كالطلاق المجرد عن المال، والعفو عن

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، ١/١٣٥

القصاص، والإبراء عن الدين، والتنازل عن حق الشفعة. وإن كان الإسقاط ببدل أو عوض من الطرف الآخر، فهو إسقاط المعاوضة، كالطلاق على مال، والعفو عن القصاص بالدية.٣ – الإطلاقات: وهي إطلاق الشخص يد غيره في العمل، كالوكالة وتولية الولاة والقضاء، والإذن للمحجور عليه بالتصرف أو للصغير المميز بالتجارة، والإيصاء: وهو أن يعهد شخص لآخر في أن يتولى شؤون أولاده القصر بعد وفاته.." (١)

"والاتجاه الثاني – هو مذهب الحنفية والشافعية، والإمام أحمد في هبة المكيل والموزون: وهو يعنى بشكل الهبة، ولا يرتب على مجرد التراضي أثرا شرعيا، والهبة وإن كانت تنعقد بالإيجاب والقبول، فإنها لا تلزم الواهب ولا تنقل الملكية إلا بالقبض. أي أنه يعتبر التنفيذ الاختياري من جانب الواهب هو روح الهبة في هذا الاتجاه، أما مجرد تلاقي إرادة الطرفين فلا ينشئ الهبة بمعناها الصحيح، بل مجرد وعد بالهبة، لا يلزم الواهب. وإذا تم تنفيذ هذا الوعد اختيارا من جانب الواهب تقوم الهبة وتنتج آثارها وأهمها انتقال الملكية إلى الموهوب له.والدافع إلى هذا الاتجاه هو الحرص على احترام الطابع التبرعي للهبة الذي يجب أن يميزها عن سائر التمليكات.وأما الأحكام الموضوعية للهبة التي تضمنها القانون المدني والتي استمدها من الفقه الإسلامي فهي مايأتي:١ – تعريف الهبة: الهبة عقد تصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض (م ٤٥٤) وعرف الفقهاء الهبة بقولهم: عقد يفيد التمليك بلا عوض حال الحياة تطوعا.لكن نصت الفقرة (٢) من هذه المادة على أنه يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نيةالتبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين، كإلزام الموهوب له أن يعوله حتى موته، أو بأن يدفع له إيرادا مرتبا مدى الحياة.و نصت المادة (٨٥٥) من المجلة على أنه «تصح **الهبة بشرط** عوض...» لكن الإمام الشافعي يرى أن اشتراط العوض صراحة يبطل العقد، لأنه شرط مخالف لمقتضاه.٢ – ركن الهبة: نصت المادة (٤٥٥) على أن الهبة تتم بالإيجاب والقبول. وعلى أنه ينوب ولي القاصر عنه بقبول الهبة وبقبض الشيء الموهوب إذا كان الواهب هو ولي الموهوب أو وصيه.." (٢)

"شروط الواهب :يشترط أن يكون الواهب له أهلية التبرع بالعقل والبلوغ مع الرشد، وهذا شرط انعقاد؛ لأن الهبة تبرع، فلا تجوز هبة الصبي والمجنون؛ لأنهما لا يملكان التبرع، لكونه ضررا محضا، وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف؛ لأن ولايته قاصرة على وجوه النفع، والهبة تبرع

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، ٤/٥٩٨

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، ٤/٧٤٠

فيه ضرر محض فلا تجوز منه.فإن شرط الأب العوض لم يجز أيضا عند أبي حنيفة، وأبي يوسف؛ لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء أي قبل القبض، ثم تصير بيعا انتهاء، أي بعد القبض، والأب لا يملك التبرع، وقال محمد: تجوز الهبة من الأب بشرط العوض؛ لأن ذلك في معنى البيع، والعبرة باتفاق المعنى (١) .شروط الموهوب :يشترط في الموهوب شروط:١ - أن يكون موجودا وقت الهبة: فلا تنعقد هبة ما ليس بموجود وقت العقد (٢) مثل أن يهب ما يثمر نخله في هذا العام، أو ما تلد أغنامه هذه السنة؛ لأنه تمليك لمعدوم، فيكون العقد باطلا (٣) .ومثل: أن يهب ما في بطن هذه الشاة، وسلطه على القبض عند الولادة، فلا ينعقد لاحتمال الوجود والعدم؛ لأن انتفاخ البطن قد يكون للحمل أو لداء في البطن.وكذلك لو وهب دقيقا في حنطة أو دهنا في سمسم أو زبدا في لبن، أو زيتا في زيتون: لا يجوز، وإن سلطه على قبضه عند حدوثه؛ لأنه معدوم للحال، والمعدوم ليس بمحل للملك، فوقع العقد باطلا، فلا ينعقد إلا بالتجديد.أما هبة اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم، والزرع والنخيل في الأرض، والتمر في النخيل: فهي كهبة المشاع الآتية تقع فاسدة، فلو فصل ذلك وسلم إلى الموهوب له، جاز؛ لأن الموهوب موجود مملوك للحال، إلا أنه لم ينفذ لمانع، وهو كونه مشغولا بغيره، فإذا فصل فقد زال المانع، فتجوز الهبة وتصير صحيحة (٤) .ووافق الشافعية والحنابلة مذهب الحنفية في هذا الشرط، فقالوا: كل ما صح---------------------------------(١) البدائع، المرجع السابق.(٢) المبسوط: ١٢/٧١، تكملة فتح القدير: ٧/١٢٤، البدائع: ٦/١١٩، حاشية ابن عابدين: ٤/٥٣٤، الكتاب مع اللباب: ٢/١٧٢، تكملة ابن عابدين: ٢/٣٢٩.(٣) قال المالكية: لا تأثير للغرر على صحة الهبة، فتجوز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود، كالعبد الآبق، والبعير الشارد والمجهول، والثمرة قبل بدو الصلاح، وفي الجملة: كل مالا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر (بداية المجتهد: ٢/٣٢٤، القوانين الفقهية: ص ٣٦٧).(٤) البدائع: ٦/١١٩، والمراجع السابقة في بدء الكلام عن هذا الشرط. ويلاحظ أن هبة اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم حكمها باطل في تحفة الفقهاء والبدائع، والأصح أن الهبة فاسدة كما في الدر المختار ورد المحتار.." [١]

"المبحث الخامس . موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية :نظم بعضهم هذه الموانع وهي سبعة، فقال:ومانع من الرجوع في الهبة يا صاحبي حروف(دمع خزقة)الدال رمز للزيادة المتصلة في نفس العين،

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، ٥/٦٢٩

والميم للموت، والعين للعوض، والخاء لخروج الموهوب عن ملك الموهوب له، والزاي للزوجية، والقاف للقرابة، والهاء للهلاك.وتفصيل ذلك يعرف مما يأتي:أولا ـ العوض المالي: إذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضا، وقبضه الواهب، امتنع على الواهب الرجوع في هبته، لقوله عليه الصلاة والسلام: «الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها» أي يعوض وذلك هو هبة الثواب أي العوض، ولأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض، فإذا عوض امتنع الرجوع، لكن يشترط في المعوض أن يقول شيئا من الألفاظ يؤذن بالعوض، أما إذا سكت ولم يقل شيئا، جاز الرجوع فيما أعطى.والعوض نوعان: عوض مشروط في العقد، وعوض متأخر عن العقد (١) .أ ـ العوض المشروط في العقد (أو **الهبة بشرط** العوض أو هبة الثواب) :---------------------------(١) انظر التفصيل في المبسوط: ١٢/٧٥ ومابعدها، البدائع: ٦/١٣٠، تكملة فتح القدير: ٧/١٣٣، حاشية ابن عابدين: ٤/٥٣٩ ومابعدها.." [١]

"الشفعة؛ لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضاه، ويوجب العهدة (١) عليه، ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن، فلم يجز، كما لو كان الخيار للبائع.الشرط الثاني ـ أن يكون العقد عقد معاوضة :لا يثبت الحق في الشفعة إلا إذا خرج العقار عن ملك صاحبه بعقد معاوضة، وهو البيع، أو ما في معناه **كالهبة بشرط** العوض إن تقابضا، والصلح عن مال لأنه معاوضة، سواء أكان العقار المبيع وقفا أم غير وقف.ففي البيع تجب الشفعة، لانتقال المبيع إلى المشتري بعوض، لحديث جابر السابق: «فإن باعه، ولم يؤذنه، فهو أحق به» . وفي الهبة بعوض تجب الشفعة عند الحنفية إن تقابضا، لوجود معنى المعاوضة، عند التقابض؛ لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض، فإن قبض أحدهما دون الآخر، فلا شفعة عند أئمة الحنفية الثلاثة (أبي حنيفة وصاحبيه). وعند زفر: تجب الشفعة بنفس العقد؛ لأن **الهبة بشرط** العوض عند الثلاثة: تقع تبرعا ابتداء، معاوضة انتهاء، وبناء عليه: يشترط ألا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا، لأنه هبة ابتداء. وعند زفر: تقع معاوضة ابتداء وانتهاء.ولم يشترط التقابض عند الجمهور غير الحنفية في **الهبة بشرط** العوض (الثواب)؛ لأن الهبة عندهم عقد لازم، ولأن الموهوب له يملك الموهوب بعوض هو مال، فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة.---------------------------
(١) المراد بالعهدة هنا: رجوع من انتقل الملك إليه من شفيع أو مشتر على من انتقل عنه الملك من بائع

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، ٥/٦٤٦

أو مشتر بالثمن أو الأرش عند استحقاق الشقص (الحصة من المبيع) أو عيبه (كشاف القناع: ٤/١٨٢).." [١]

"وخالفهم الحنفية (١) : فرأوا أن الجهاز واجب على الزوج، كما يجب عليه النفقة وكسوة المرأة، والمهر المدفوع ليس في مقابلة الجهاز، وإنما هو عطاء ونحلة كما سماه الله في كتابه، أو هو في مقابلة حل التمتع بها، فهو حق على الزوج لزوجته.لكن إن دفع الزوج مقدارا من المال في مقابلة الجهاز:فإن كان المال زائدا على المهر مستقلا عنه، فتلزم الزوجة بإعداد الجهاز لأنه **كالهبة بشرط** العوض.وأما إن كان المال غير مستقل عن المهر، بأن سمى مهرا زائدا على مهر المثل، فالصحيح كما قال ابن عابدين أن الزوجة لا يلزمها شيء من الجهاز؛ لأن الزيادة متى جعلت من ضمن المهر، التحقت به، وصار كله حقا خالصا للزوجة، فلا تطالب بإنفاق شيء منه في الجهاز جبرا عنها.وأما الاختلاف في الجهاز أو متاع البيت: وهو المفروشات والأواني وغيرها، فالمقرر فيه لدى المالكية (٢) :إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فادعى كل و ا حد منهما أنه له، ولا بينة لهما ولا لأحدهما، فما كان من متاع النساء كالحلي والغزل وثياب النساءوخمرهن، حكم به للمرأة مع يمينها. وما كان من متاع الرجال كالسلاح والكتب وثياب الرجال، حكم به للرجل مع يمينه، وما كان يصلح لهما جميعا كالدنانير والدراهم، فهو للرجل مع يمينه. وقال سحنون: مايعرف لأحدهما فهوله بغير يمين.ووافق أبو حنيفة ومحمد (٣) المالكية فقالا: ما كان يصلح للرجال كالعمامة والقلنسوة والسلاح وغيرها، فالقول فيه قول الزوج مع يمينه؛ لأن الظاهر شاهد له؛ وما يصلح للنساء مثل الخمار والملحفة والمغزل ونحوها، فالقول فيه قول الزوجة مع يمينها؛ لأن الظاهر شاهد لها. وما يصلح لهما جميعا كالدراهم والدنانير والعروض والبسط والحبوب ونحوها، فالقول فيه قول الزوج مع يمينه؛ لأن يد الزوج على ما في البيت أقوى من يد المرأة؛ لأن يده يد تصرف في المتاع، وأما يد المرأة فهي للحفظ فقط، ويد التصرف أقوى من يد الحفظ.------------------------------

---(١) حاشية ابن عابدين: ٢/٥٠٥ ومابعدها، و ٨٨٩.(٢) القوانين الفقهية: ص ٢١٣، الشرح الصغير: ٢/٤٩٦-٤٩٨.(٣) البدائع: ٢/٣٠٨ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٢/٥٠٤.." [٢]

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، ٦/٦٦٥

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، ٩/٢٩٦

"التصرف، هبة المجهول، هبة الدين، هبة ما لا يقدر على تسليمه، **تعليق الهبة**، اشتراط ما ينافي الهبة، توقيت الهبة، العمرى، الرقبى، حكمها، أمثلة تتضح فيها المسائل، ما يترتب على ما تقدم من أحكام، ولمن تكون إذا شرط رجوعها إليه، أو شرط الواهب رجوعها إلى غيره، أو شرط رجوعها وأطلق فلم يقيده بموت ولا غيره إليه أو إلى ورثته أو إلى آخرهما موتا و اذكر ما حول ذلك من المسائل، واذكر ما تستحضره من تمثيل أو دليل أو تعليل أو تقسيم أو شرط أو تفصيل أو خلاف أو ترجيح.ج: ما صح بيعه من الأعيان صحت هبته؛ لأنها تمليك في الحياة، فتصح فيما يصح فيه البيع، وما لا يصح بيعه لا تصح هبته، كأم الولد، ويصح نقل اليد في الكلب ونحوه، مما يباح الانتفاع به، وليس هبة حقيقة، قال الشيخ تقي الدين: ويظهر لي صحة هبة الصوف على الظهر قولا واحدا.ويصح استثناء نفع الموهوب في الهبة عند إنشائها زمنا معينا كشهر وسنة، قياسا على البيع فيما إذا شرط فيه البائع نفعا معلوما كسكنى الدار المبيعة شهرا ونحو ذلك، وتصح هبة مصحف، قال الحارثي: ولا أعلم فيه خلافا.و تصح هبة المجهول، وسواء تعذر عمله كما إذا اختلط متاعه بمتاع غيره فوهب أحدهما نصيبه للآخر فيصح مع جهل قدره وصفته، أو لم يتعذر علمه؛ لأنها بذل وإباحة وهي صحيحة بالمجهول، وأيضا فإنها لا في مقابلة عوض، وقيل: لا تصح هبة مجهول لم يتعذر علمه؛ لأنه كحمل في بطن، والقول الأول هو الذي تطمئن إليه النفس، والله أعلم.وإن أذن رب شاة لإنسان في جز صوفها وحلبها، فهو إباحة وقول رب مال: خذ من هذا الكيس ما شئت، فله أخذ كل ما به، ولو قال: خذ من هذه الدراهم ما شئت، لم يملك أخذها كلها.." [1]

"إذ الكيس ظرف، فإذا أخذ المظروف، حسن أن يقال أخذ من الكيس ما فيه، ولا يحسن أن يقال: أخذت من الدراهم كلها، وكذا قول مالك: ما أخذت من مالي فهو لك، وكذا قوله: من وجد شيئا من مالي فله، حيث لا قصد، فهو هبة حقيقة، كما مر في هبة الدين، قال في «الاختيارات الفقهية»: بعد ذكر هاتين الصورتين وغيرهما، وفي جميع هذه الصور يحصل الملك بالقبض ونحوه.وللمبيح أن يجرع فيما قال قبل التملك، وهذا نوع من الهبة يتأخر فيه القبول عن الإيجاب كثيرا، وليس بإباحة.ومن وهب أرضا أو تصدق بأرض أو وقف أرضا أو وصى بأرض أو بجزء من أرض أو باعها، احتاج أن يحدها كلها من الجهات الأربع: قبلة وشرقا وجنوبا وشمالا، إلا أن كانت مفروزة، وإن كانت مشاعة، يقول: كذا سهما من كذا سهما.وما جاز بيعه جاز فيه الصدقة، و الهبة، والرهن.ولا تصح هبة ما في الذمة لغير المدين؛ لأن غير من

---

(١) الأسئلة والأجوبة الفقهية، ٧/٢٥

هو عليه لا يقدر على تسليمه.أو قادر على أخذه منه كالبيع؛ لأنه عقد يفتقر إلى القبض، فلم يصح في ذلك.وقيل: يصح هبته لغير مدين، وعندي أن هذا القول أقوى من الأول؛ لأنه يغتفر في باب التبرعات ما لا يغتفر في باب المعاوضات لوجود الفرق بين الأمرين، والله - سبحانه وتعالى - أعلم.ولا يصح **تعليق الهبة** على شرط، كإذا جاء رأس الشهر، أو قدم فلان، فقد وهبتك كذا، كالبيع، كإذا جاء رأس الشهر، أو قدم فلان، فقد وهبتك كذا كالبيع، إلا على موت الواهب فتصح، وتكون وصية؛ لأنها تمليك لمعين في الحياة، فلم يجز تعليقها على شرط، وما تقدم في حديث أم سلمة فوعد لا هبة.." [1]

"لا يجوز شرعا توقيع عقد بيع على عين غير مملوكة للبائع ولو كان في العقد شرط الخيار لأن العقد غير مشروع فلا أثر لوجود الخيار(١/٧٤٦)---فتوى رقم (٣١٤)السؤالهل يجوز أن يتفق البنك الإسلامي مع أحد عملائه وذلك ببيعه منزلا بأسلوب الملكية التناقصية حيث يتفق البنك على بيع ٣٠ ٪ من المنزل كما يتفق على تأجير المنزل للعميل بمبلغ معلوم ويتم توزيع الإيجار كل بنسبة وأن يكون هناك اتفاق بينهما على بيع ١٠ ٪ سنويا من حصة البنك للعميل بمبلغ محدد مسبقا بحيث يلتزم الطرفان إتمام الاتفاق سواء ارتفعت أو انخفضت الأسعار كما لا يجوز تعديل القيمة الإيجارية للمنزل المتفق عليه ؟الجوابهذه العملية بيع منجز لجزء معلوم شائع من المنزل ثم إيجار الباقي بأجرة معلومة ثم هناك مواعدة على بيع بقية المنزل بعقود مستقلة في حينها مع تحديد ثمن البيع وكلما تملك المستأجر جزءا جديدا شائعا من المنزل خفض من الأجرة ما يقابله والأجرة معلومة من خلال النسبة المحددة في الوعد فالبيع صحيح والإجارة صحيحة لمعلومية الأجرة بالحساب(١/٧٤٧)---فتوى رقم (٣١٥)السؤالهل يجوز أن أبيع سلعة ما بالأجل بسعر محدد وينص في عقد البيع بأنه في حالة سداد المشتري لقيمة البضاعة في تاريخ الاستحقاق بدون تأخير فإنه سوف يحصل على خصم محدد ؟الجوابيجوز أن ينص في البيع بالأجل على استحقاق خصم محدد في حالة سداد الثمن المؤجل في أجله المعين أو قبله على أن يكون نسبة الخصم أو مبلغه ثابتة وموحدة لمن سدد في الأجل المعين أو قبله وهذا من قبيل الجوائز المعلقة على أمر مشروع وهي هبة معلقة على شرط **وتعليق الهبة** جائز عند المالكية وترى الهيئة عدم العمل بذلك في المؤسسات الإسلامية خشية التباسه ببيعتين في بيعة أو بالربا سدا للذرائع(١/٧٤٨)---فتوى رقم (٣١٦)السؤال." [2]

---

(١) الأسئلة والأجوبة الفقهية، ٢٦/٧

(٢) الفتاوى الاقتصادية، ١٢٢/٢

"بينة صاحبها على موضع آخر ، بينة المؤجر أنه استأجر منه الحانوت طائعا أولى من بينة الآخر على الإكراه .(أقول) تقدم في البيع أن بينة مدعيه كرها أولى في الصحيح فلعل هذا مبني على خلاف الصحيح تأمل ، بينة المستأجر أولى فيما لو سقط أحد مصراعي باب الدار فادعاه كل منهما ، بينة المؤجر أنه سلمه الدار في المدة أولى من بينة المستأجر أنها كانت في يد الآجر هذه المدة ، بينة المؤجر أولى في قدر الأجرة وبينة المستأجر أولى في قدر المدة .بينة راكب السفينة أولى فيما لو قال لصاحبها استأجرتني لأحفظ لك السكان ، بينة رب الدابة أولى فيما لو قال له الراكب استأجرتني لأبلغها إلى فلان (هبة) ، بينة مدعي **الهبة المشروطة** بعوض أولى من بينة الرهن وغير المشروطة بالعكس ودلت المسألة على أن بينة البيع أولى من بينة الرهن ، بينة الشراء من ذي اليد أولى من بينة الهبة والقبض منه إلا إذا أرخ الثاني فقط أو كان تاريخه أسبق ، بينة مدعي نكاح الأمة أولى من بينة مدعي الهبة أو الصدقة أو الرهن ما لم يسبق تاريخ الآخر أو يكن أحدهما زائدا والآخر خارجا وفي المسألة بحث يطلب من الأصل ، بينة الوارث أن المورث وهبه كذا في الصحة أولى من بينة الآخرين على المرض (عارية ووديعة) ، بينة المعير أنها هلكت بعدما جاوز الموضع أولى من بينة المستعير أنه ردها إليه ، بينة المودع أن رب الوديعة عزلك من الوكالة بقبضها أولى من بينة الوكيل بالقبض ،." [1]

"فدخلا تحت قول البزازي إنه لا يملك التبرع وهل له الإقراض **والهبة بشرط** العوض فإن القرض عارية ابتداء معاوضة انتهاء وينبغي أن لا يملكها ؛ لأنه لا يملكه إلا من يملك التبرعات ولذا لا يجوز إقراض الوصي مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وإن كان معاوضة في الانتهاء وظاهر العموم أنه يملك قبض الدين واقتضاءه وإيفاءه والدعوى بحقوق للموكل وسماع الدعوى بحقوق على الموكل والأقارير على الموكل بالديون ولا يختص بمجلس القاضي ؛ لأن ذلك في الوكيل بالخصومة لا في العام .ا هـ ..." [2]

"كتاب الشفعة

قوله وهي استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها

وكذا قال في الهداية والمذهب ومسبوك الذهب والمستوعب وغيرهم والخلاصة وزاد قهرا

قال الزركشي وهو غير جامع لخروج الصلح بمعنى البيع **والهبة بشرط** الثواب ونحو ذلك منه

---

(١) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية [حنفي]، ٢٥٤/٤

(٢) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية [حنفي]، ٢٧٤/٤

قلت ويمكن الجواب عن ذلك بأن الهبة بشرط الثواب بيع على الصحيح من المذهب على ما يأتي فالموهوب له مشتر وكذلك الصلح يسمى فيه بائعا ومشتريا لأن الأصحاب قالوا فيهما هو بيع فهو إذن جامع

وقال في المغني هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه

قال الزركشي وهو غير مانع لدخول ما انتقل بغير عوض كالأرش والوصية والهبة بغير ثواب أو بغير عوض مالي على المشهور كالخلع ونحوه

قال فالأجود إذن أن يقال من يد من انتقلت إليه بعوض مالي أو مطلقا انتهى

فائدتان

إحداهما قال الحارثي ولا خفاء بالقيود في حد المصنف

فقيد الشركة مخرج للجوار والخلطة بالطريق

وقيد الشراء مخرج للموهوب والموصي به والموروث والممهور والعوض في الخلع والصلح عن دم العمد وفي بعضه خلاف

." (١)

"

وأطلقهما في الفروع وشرح بن رزين

قال القاضي والمصنف في المغني والشارح أصلهما المفلس إذا كان له حرفة هل يجبر على الاكتساب على الروايتين فيه

وتقدم في باب الحجر أن الصحيح من المذهب أنه يجبر فيكون الصحيح هنا أنها تستسعى

الثالثة لو أعتقت المرأة عبدها على أن يتزوجها بسؤاله أولا عتق مجانا

ويأتي ذلك في كلام المصنف في الفصل الأول من كتاب الصداق

وإن قال أعتق عبدك عني على أن أزوجك ابنتي أو أمتي ففعل عتق ولزمه قيمته لأن الأموال لا يستحق العقد عليها بالشرط

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٦/٢٥٠

قال القاضي وأبو الخطاب والمصنف والشارح وغيرهم لأنه سلف في نكاح

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله يتوجه صحة السلف في العقود كما يصح في غيره ويصير العقد مستحقا على المستسلف إن فعل وإلا قام الحاكم مقامه ولأن هذا بمنزلة **الهبة المشروط** فيها الثواب

الرابعة المكاتبة والمدبرة والمعلق عتقها بصفة كالقن في جعل عتقهن صداقهن

ذكره القاضي وبن عقيل وغيرهما من الأصحاب لأن أحكام الرق ثابتة فيهن كالقن

وذكر أبو الحسين احتمالا في المكاتبة أنه لا يصح بدون إذنها

قال العلامة بن رجب وهو الصحيح لأن الإمام أحمد رحمه الله نص في رواية المروذي أنها لا تجبر على النكاح

وأما المعتق بعضها فصرح القاضي في المجرد بأنها كالقن في ذلك وتبعه بن عقيل والحلواني

". (١)

"

فعلى المذهب يملك الزيادة من حينها نقله مهنا في أمة عتقت فزيد مهرها

وجعلها القاضي لمن أصل الزيادة له

قال في المحرر وإذا ألحق بالمهر بعد العقد زيادة ألحقت به ولزمته وكانت كأصل فيما يقرره وينصفه نص عليه الإمام أحمد رحمه الله

ويتخرج أن تسقط هي بما ينصفه ونحوه انتهى بما معه

الرابعة هدية الزوجة ليست من المهر نص عليه فإن كانت قبل العقد وقد وعدوه بأن يزوجوه فزوجوا غيره رجع بها قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله

واقتصر عليه في الفروع

قلت وهذا مما لا شك فيه

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله أيضا ما قبض بسبب النكاح فكمهر

وقال أيضا ما كتب فيه المهر لا يخرج منها بطلاقها

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٨/١٠٠

وقال في القاعدة الخمسين بعد المائة حكى الأثرم عن الإمام أحمد رحمه الله في المولى يتزوج العربية يفرق بينهما فإن كان دفع إليها بعض المهر ولم يدخل بها يردوه وإن كان أهدى هدية يردونها عليه

قال القاضي في الجامع لأن في هذه الحال يدل على أنه وهب بشرط بقاء العقد فإذا زال ملك الرجوع **كالهبة بشرط** الثواب انتهى

وهذا في الفرقة القهرية لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر

وكذا الفرقة الاختيارية المسقطة للمهر

فأما الفسخ المقرر للمهر أو لنصفه فتثبت معه الهدية

وإن كانت العطية لغير المتعاقدين بسبب العقد كأجرة الدلال والخاطب ونحوهما ففي النظريات لابن عقيل إن فسخ البيع بإقالة ونحوها لم يقف على التراضي فلا ترد الأجرة وإن فسخ بخيار أو عيب ردت لأن البيع وقع مترددا بين اللزوم وعدمه

". [(١)]

"* ولا تصح الهبة مؤقتة ، كأن يقول : وهبتك كذا شهرا أو سنة ؛ لأنها تمليك للعين ، فلا تقبل التوقيت ؛ كالبيع ، لكن يستثنى من التعليق **تعليق الهبة** بالموت ؛ كأن يقول : إذا مت ، فقد وهبتك كذا وكذا ، وتكون وصية تأخذ أحكامها .* ولا يجوز للإنسان أن يهب لبعض أولاده ويترك بعضهم أو يفضل بعضهم على بعض في الهبة بل يجب عليه العدل بينهم ، بتسوية بعضهم ببعض ، لحديث النعمان بن بشير : أن أباه أتى به النبي صلى الله عليه وسلم لما نحله نحلة ليشهد عليها النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أكل ولدك نحلت مثل هذا ؟ . فقال : لا . فقال : " أرجعه " . ثم قال : اتقوا الله ، واعدلوا بين أولادكم متفق عليه ، فدل على وجوب العدل بين الأولاد في العطية ، وأنها تحرم الشهادة على تخصيص بعضهم أو تفضيله تحملا وأداء إن علم ذلك .* وإذا وهب الإنسان هبة وقبضها الموهوب له ، حرم عليه الرجوع فيها وسحبها منه ، لحديث ابن عباس مرفوعا : " العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه " فدل هذا على تحريم الرجوع في الهبة ؛ إلا ما استثناه الشارع ، وهو الأب ؛ فله أن يرجع

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٨/٢٩٦

فيما وهبه لولده ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها ، إلا الوالد فيما يعطي ولده رواه الخمسة وصححه الترمذي .." (١)

" ولا يجبر المفلس على قبوله هدية

فصل : ولا يجبر على قبول هدية ولا صدقة ولا وصية ولا قرض ولا تجبر المرأة على التزويج ليأخذ مهرها لأن في ذلك ضررا للحوق المنة في الهدية والصدقة والوصية والعوض في القرض وملك الزوج للمرأة في النكاح ووجوب حقوقه عليها ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فالخيار بحاله ولا يجبر على ما فيه الحظ من الرد والإمضاء لأن المفلس يمنعه من إحداث عقد إما من إمضائه وتنفيذه عقوده فلا وإن جني المفلس جناية توجب الماثل ثبت المال وتعلقت حقوق الغرماء به ولا يصح منه العفو عنه وإن كانت موجبة للقصاص فهو مخير بين القصاص والعفو ولا يجبر على العفو على مال لأن ذلك يفوت القصاص الذي يجب لمصلحته فإن اقتص لم يجب الغرماء شيء وإن عفا على مال ثبت وتعلقت حقوق الغرماء به وإن عفا مطلقا انبنى على الروايتين في موجب العمد إن قلنا القصاص خاصة لم يثبت شيء وسقط القصاص وإن قلنا أحد أمرين ثبتت له الدية وتعلقت بها حقوق الغرماء وإن عفا على غير مال فعلى الروايتين أيضا فإن قلنا القصاص عينا لم يثبت شيء وإن قلنا أحد الأمرين تثبت الدية ولم يصح إسقاطه لأن عفوه عن القصاص يثبت له الدية ولا يصح إسقاطها وإن وهب **هبة بشرط** ثم أفل فبذل له الثواب لزمه قبوله ولم يكن له إسقاطه لأنه أخذه على سبيل العوض عن الموهوب فلزمه قبوله كالثمن في البيع وليس له إسقاط شيء من ثمن مبيع أو أجرة في إجارة ولا قبضه رديئا ولا قبض المسلم فيه دون صفاته إلا بإذن غرمائه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا ." (٢)

" مسألة : من اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صلحا

مسألة : قال : ومن اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صلحا لأنه هضم للحق

وجملته إن من اعترف بحق وامتنع من أدائه حتى صولح على بعضه فالصلح باطل لأنه صالح عن بعض ما له ببعض وهذا محال وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الأبراء أو بلفظ الهبة المقرون بشرط إلا أنه لم يعط بعض حقه أبرأتك عن خمسمائة أو وهبت لك خمسمائة بشرط أن تعطيني ما بقي ولو لم يشترط

---

(١) الملخص الفقهي وكتب أخرى، ١١٧/٨

(٢) المغني، ٥٤٢/٤

إلا أنه لم يعط بعض حقه إلا بإسقاطه بعضه فهو حرام أيضا لأنه هضمه حقه قال ابن أبي إسحاق : الصلح على الإقرار هضم للحق فمتى ألزم المقر له ترك بعض حقه فتركه عن غير طيب نفسه لم يطب الأخذ وإن تطوع المقر له بإسقاط بعض حقه بطيب من نفسه جاز غير ان ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بسبيل ولم يسم الخرقي الصلح إلا في الإنكار على الوجه الذي قدمنا ذكره فأما في الإعتراف فإذا اعترف بشيء وقضاه من جنسه فهو وفاء وإن قضاه من غير جنسه فهي معاوضة وإن أبرأه من بعضه اختيارا منه واستوفى الباقي فهو إبراء وإن وهب له بعض العين وأخذ باقيها بطيب نفس فهي هبة فلا يسمي ذلك صلحا ونحو ذلك قال ابن أبي موسى وسماه القاضي وأصحابه صلحا وهو قول الشافعي وغيره والخلاف في التسمية أما المعنى فمتفق عليه وهو فعل ما عدا وفاء الحق وإسقاطه على وجه يصح وذلك ثلاثة أقسام معاوضة وإبراء وهبة فأما المعاوضة : فهو أن يعترف له بعين في يده أو دين في ذمته ثم يتفقان على تعويضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به وهذا ثلاثة أضرب أحدها : أن يعترف له بأحد النقدين فيصالحه الآخر نحو أن يعترف له بمائة درهم فيصالحه منها بعشرة دنانير أو يعترف له بعشرة دنانير فيصالحه على مائة درهم فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقابض في المجلس ونحوه الثاني : أن يعترف له بعروض فيصالحه على أثمان أو بأثمان فيصالحه على عروض فهذا بيع يثبت فيه أحكام البيع وإن اعترف له بدين فصالحه على موصوف في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض لأنه بيع دين بدين الثالث : أن يصالحه على سكني دار أو خدمة عبد ونحوه أو على أن يعمل له عملا معلوما فيكون ذلك إجارة لها حكم سائر الإجارات وإذا أتلف الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت الإجارة ورجع بما صالح عنه وإن تلفت بعد استيفاء شيء من المنفعة انفسخت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ولو صالحه على أن يزوجه جاريته وهو ممن يجوز له نكاح الإماء صح وكان المصالح عنه صداقها فإن انفسخ النكاح قبل الدخول بأمر يسقط الصداق رجع الزوج بما صالح عنه وإن طلقها قبل الدخول رجع بنصفها وإن كان المعترف إمرأة فصالحت المدعي على أن تزوجه نفسها جاز ولو كان المعترف به عيبا في مبيعها فصالحته على نكاحها صح فإن زال العيب رجعت بأرشه لأن ذلك صداقها فيها فرجعت به لا بمهر مثلها وإن لم يزل العيب لكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجع عليها بأرشه

القسم الثاني : الإبراء وهو أن يعترف له بدين في ذمته فيقول : قد أبرأتك من نصفه أو جزء معين منه فاعطني ما بقي فيصح إذا كانت البراءة معلقة من غير شرط قال أحمد : إذا كان للرجل على الرجل

الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزا لهما ولو فعل ذلك قاض لم يكن عليه في ذلك أثم لأن النبي صلى الله عليه و سلم كلم غرماء جابر ليضعوا عنه فوضعوا عنه الشطر وفي الذي أصيب في حديقته فمر به النبي صلى الله عليه و سلم وهو ملزوم فأشار إلى غرمائه بالنصف فأخذوه منه فإن فعل ذلك قاض اليوم جاز إذا كان على وجه الصلح والنظر لهما وروى يونس عن الزهري [عن عبد الله بن كعب عن أبيه أنه تقاضى ابن أبي حدرد دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه و سلم فخرج إليهما ثم نادى يا كعب قال : لبيك يا رسول الله فأشار إليه أن ضع الشطر من دينك قال : قد فعلت يا رسول الله قال رسول صلى الله عليه و سلم : قم فأعطه فإن قال : على أن توفيني ما بقي بطل لأنه ما أبرأه عن بعض الحق إلا ليوفيه بقيته فكأنه عاوض بعض حقه ببعض]

القسم الثالث : الهبة وهو أن يكون له في يده عين فيقول قد وهبتك نصفها فاعطني بقيتها فيصح ويعتبر له شروط الهبة وإن أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي لأنه إذا شرط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضا عن الوفاء به فكأنه عاوض بعض حقه ببعض وإن أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحني بنصف دينك علي أو بنصف دارك هذه فيقول صالحتك بذلك لم يصح ذكره القاضي و ابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال أكثرهم : يجوز الصلح لأنه إذا لم يجز بلفظه خرج عن أن يكون صلحا ولا يبقى له تعلق به فلا يسمى صلحا أما إذا كان بلفظ الصلح سمي صلحا لوجود اللفظ وإن تخلف المعنى **كالهبة بشرط** الثواب وإنما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة إذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا وإنما معنى الصلح الإتفاق والرضى وقد يحصل هذا من غير عوض كالتمليك إذا كان بعوض سمي بيعا وإن خلا عن العوض سمي هبة ولنا أن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لأنه إذا قال : صالحني بهبة كذا أو عل نصف هذه العين ونحوه هذا فقد أضاف إليه بالمقابلة فصار كقوله : يعني بألف وإن أضاف إليه على جرى مجرى الشرط كقوله تعالى : ﴿ فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا ﴾ وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة وقولهم أنه يسمى صلحا ممنوع وإن سمي صلحا فمجاز لتضمنه قطع النزاع وإزالة الخصومة وقولهم أن الصلح لا يقتضى المعاوضة

قلنا لا نسلم وإن سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على نحوهما به فإن لفظه الصلح تحتاج إلى حرف تعدي به وذلك يقتضي المعاوضة على ما بيناه ." [1]

" فصل : أن يكون شقصا مستقلا بعوض

فصل : الشرط الرابع : أن يكون شقصا منتقلا بعوض وأما المنتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والإرث فلا شفعة فيه في قول عامة أهل العلم منهم مالك و الشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن مالك رواية أخرى في المنتقل بهبة أو صدقة أن فيه الشفعة ويأخذه الشفيع بقيمته وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى لأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر الشركة وهذا موجود في الشركة كيفما كان والضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المشتري لأن إقدام المشتري على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته إليه فانتزاعه منه أعظم ضررا من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه ولنا أنه انتقل بغير عوض أشبه بالميراث ولأن محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه لأن الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل به إليه ولا يمكن هذا في غيره ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا فأما المنتقل بعوض فينقسم قسمين أحدهما : ما عوضه المال كالبيع فهذا فيه الشفعة بغير خلاف وهو في حديث جابر فإن باع ولم يؤذنه فلو أحق به وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجنايات الموجبة للمال **والهبة المشروط** فيها الثواب المعلوم لأن ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك و الشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا : لا تثبت الشفعة في **الهبة المشروط** فيها ثواب حتى يتقابضا لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار

ولنا أنه يملكها بعوض هو مال فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم فإنه ينعقد بها النكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق القسم الثاني : ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهرا أو عوضا في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فظاهر كلام الخرقي أنه لا شفعة فيه لأنه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع وهذا قول أبي بكر وبه قال الحسن و الشعبي و أبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره وقال ابن حامد : تجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة و الحارث العكلي

---

(١) المغني، ١٦/٥

و مالك و ابن أبي ليلى و الشافعي ثم اختلف بم يأخذه فقال ابن شبرمة و ابن أبي ليلى : يأخذ الشفص بقيمته قال القاضي : هو قياس قول ابن حامد لأننا لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الأجانب وأضررنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه في العادة بخلاف البيع وقال الشريف أبو جعفر قال ابن حامد : إن كان الشقص صداقا أو عوضا في خلع أو متعة في طلاق أخذه الشفيع بمهر المرأة وهو قول العكلي و الشافعي لأنه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البدل في الأخذ بالشفعة كما لو باعه بعرض واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بعقد معاوضة فأشبه البيع

وfdلنا أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولأنه يمتنع أخذه بمهر المثل لما ذكره مالك وبالقيمة لأنها ليست عوض الشقص فلا يجوز الأخذ بها كالموروث فيتعذر أخذه ولأنه ليس له عوض يمكن الأخذ به فأشبه الموهوب والموروث وفارق البيع فإنه أمكن الأخذ بعوضه فإن قلنا إنه يؤخذ بالشفعة وطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها لأنه موجود في يدها بصفته وإن طلقها بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته لأن ملكها زال عنه فهو كما لو باعته وإن طلق قبل علم الشفيع ثم علم ففيه وجهان أحدهما : حق الشفيع مقدم لأن حقه أسبق لأنه يثبت بالبيع وحق الزوج بالطلاق والثاني : حق الزوج أولى لأنه ثبت بالنص والإجماع والشفعة ههنا لا نص فيها ولا إجماع فأما إن عفا الشفيع ثم طلق الزوج فرجع في نصف الشقص لم يستحق الشفيع الأخذ منه وكذلك إن جاء الفسخ من قبل المرأة فرجع الشقص كله إلى الزوج لم يستحق الشفيع أخذه لأنه عاد إلى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد بالعيب وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص إلى العاقد كرده بعيب أو مقايلة أو اختلاف المتبايعين أو رده لغبن وقد ذكرنا في الإقالة رواية أخرى أنها بيع فتثبت فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقايلا فله أن يأخذ من أيهما شاء وإن عفا عن الشفعة في البيع ثم تقايلا فله الأخذ بها ". (١)

" فصول : أحكام هبة المجهول **وتعليق الهبة بشرط** وهبة الدين

فصل : قال أحمد في رواية أبي داود وحرب لا تصح هبة المجهول وقال في رواية حرب إذا قال شاة من غنمي يعني وهبتها لك لم يجز وبه قال الشافعي ويحتمل أن الجهل إذا كان في حق الواهب منع الصحة لأنه غرر في حقه وإن كان من الموهوب له لم يمنعها لأنه لا غرر في حقه فلم يعتبر في حقه العلم

---

(١) المغني، ٥/٤٦٧

بما يوهب له كالموصى له وقال مالك تصح هبة المجهول لأنه تبرع فصح في المجهول كالنذر والوصية ووجه الأول أنه عقد تمليك لا يصح تعليقه بالشروط فلم يصح في المجهول كالبيع بخلاف النذر والوصية

فصل : ولا يصح **تعليق الهبة بشرط** لأنها تمليك لمعين في الحياة فلم يجز تعليقها على شرط كالبيع فإن علقها على شرط ك [قول النبي صلى الله عليه و سلم لأم سلمة إن رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك] كان وعدا وإن شرط في الهبة شروطا تنافي مقتضاها نحو أن يقول وهبتك هذا بشرط أن لا تهبه أو لا تبيعه أو بشرط أن تهبه أو تبيعه أو بشرط أن تهب فلانا شيئا لم يصح الشرط وفي صحة الهبة وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع وإن وقت الهبة فقال وهبتك هذا سنة ثم يعود إلي لم يصح لأنه عقد تمليك لعين فلم يصح مؤقتا كالبيع

فصل : وإن وهب أمة واستثنى ما في بطنها صح في قياس قول أحمد فيمن أعتق أمة واستثنى ما في بطنها لأنه تبرع بالأم دون ما في بطنها فأشبه العتق وبه يقول في العتق النخعي و إسحاق و أبو ثور وقال أصحاب الرأي : تصح الهبة ويبطل الاستثناء ولنا أنه لم يهب الولد فلم يملك الموهوب له كالمنفصل وكالموصى به

فصل : وإذا كان له في ذمة إنسان دين فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم منه وإن رد ذلك فلم يقبله لأنه إسقاط فلم يفتقر إلى القبول كإسقاط القصاص والشفعة وحد القذف وكالعتق والطلاق وإن قال تصدقت به عليك صح فإن القرآن ورد في الإبراء بلفظ الصدقة بقول الله تعالى ﴿ ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ﴾ وإن قال عفوت لك عنه صح لأن الله تعالى قال ﴿ إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ﴾ يعني به الإبراء من الصداق وإن قال أسقطته عنك صح لأنه أتى بحقيقة اللفظ الموضوع له وإن قال ملكتك إياه صح لأنه بمنزلة هبته إياه

فصل : فإن وهب الدين لغير من هو في ذمته أو باعه إياه لم يصح وبه قال في البيع أبو حنيفة و الثوري و إسحاق قال أحمد إذا كان لك على رجل طعام قرضا فبعه من الذي هو عليه بنقد ولا تبعه من غيره نقد ولا نسيئة وإذا أقرضت رجلا دراهم أو دنانير فلا تأخذ من غيره عرضا بما لك عليه وقال الشافعي : إن كان الدين على معسر أو مماطل أو جاحد له لم يصح البيع لأنه معجوز عن تسليمه وإن كان على مليء باذل له ففيه قولان أحدهما : يصح لأنه ابتاع بمال ثابت في الذمة فصح كما لو اشترى في ذمته ويشترط أن يشتريه بعين أو يتقايضان في المجلس لئلا يكون بيع دين بدين

ولنا أنه غير قادر على تسليمه فلم يصح كبيع الآبق فأما هبته فيحتمل أن لا تصح كالبيع ويحتمل أن تصح لأنه لا غرر فيها على المتهب ولا الواهب فصح كهبة الأعيان

فصل : تصح البراءة من المجهول إذا لم يكن لهما سبيل إلى معرفته وقال أبو حنيفة : تصح مطلقا وقال الشافعي لا تصح إلا أنه إذا أراد ذلك قال أبرأتك من درهم إلى ألف لأن الجهالة إنما منعت لأجل الغرر فإذا رضي بالجملة فقد زال الغرر وصحت البراءة

ولنا [أن النبي صلى الله عليه و سلم قال لرجلين اختصما إليه في مواريث درست اقتسما وتوخيا الحق ثم استهما ثم تحالا] رواه أبو داود ولأنه إسقاط فصح في المجهول كالعتاق والطلاق وكما لو قال من درهم إلى ألف ولأن الحاجة داعية إلى تبرئة الذمة ولا سبيل إلى العلم بما فيها فلو وقفت صحة البراءة على العلم لكان سدا لباب عفو الإنسان عن أخيه المسلم وتبرئة ذمته فلم يجز ذلك كالمنع من العتق وأما إن كان من عليه الحق يعلمه ويكتمه المستحق خوفا من أنه إذا علمه لم يسمح بإبرائه منه فينبغي أن لا تصح البراءة فيه لأن فيه تغريرا بالمشتري وقد أمكن التحرز منه وقال أصحابنا لو أبرأه من مائة وهو يعتقد أنه لا شيء له عليه وكان له عليه مائة ففي صحة البراءة وجهان أحدهما : صحتها لأنها صادفت ملكه فأسقطته كما لو علمها والثاني : لا تصح لأنه أبرأه مما لا يعتقد أنه عليه فلم يكن ذلك إبراء في الحقيقة وأصل الوجهين ما لو باع مالا كان لموروثه يعتقد أنه باق لموروثه وكان موروثه قد مات وانتقل ملكه إليه فهل يصح ؟ فيه وجهان و للشافعي قولان في البيع وفي صحة الإبراء وجهان ." (١)

"ونقل أبو طالب وابن صدقة والفضل: إن وهبت له تبرعا من غير مسألة منه لها أن ترجع به، وإن سألها وخافت غضبه أو الإضرار بها أن يتزوجه عليها ملكت الرجوع فظاهر هذا أنها إذا وهبت له تقصد بذلك دفع الضرر عنها مثل أن تعلم أنه يريد طلاقها أو يتزوج عليها فلها الرجوع في ذلك، وعندي أن المسألة على اختلاف حالين: فالموضوع الذي قال: لا ترجع إذا وهبت له ابتداء، لقول . النبي صلى الله عليه وسلم .: لا يحل الواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد والموضع الذي قال: ترجع إذا كان شاهد الحال يقتضي أن هبتها كانت لتقصد بها المنفعة، وهو أن تكفه عن طلاقها وتمنعه من التزويج عليها فإذا عدم المعني الذي لأجله وهبت ملكت الرجوع، لأنه في التقدير يحصل كأنها وهبت له بشرط أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها فجعلت ذلك في مقابلة الهبة، **والهبة بشرط** الثواب صحيحة وتستحق الثواب فكأنه جعل

---

(١) المغني، ٦/٢٨٨

دلالة الحال وشاهده كالمنطوق به. وهذا ظاهر على أصلنا في التعريض بالقذف يوجب حد القذف وإن لم يوجد لفظ القذف لوجود دلالة الحال، وإن حملنا كلام أحمد على ظاهره وجعلنا المسألة على روايتين فوجه الأولى وأنها لا تملك الرجوع ما روى ابن عباس عن ـ النبي صلى الله عليه وسلم ـ أنه قال: لا يحل لأحد أن يرجع في هبته إلا الوالد .ولأنه لا إيلاد لها فلم تملك الرجوع كالأخت.ووجه الثانية: قوله تعالى: فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا .فأباح ذلك بشرط أن تطيب به نفسها. وهذا إنما يكون عند الابتداء من جهتها فأما عند المسألة فلا. وروى محمد بن عبد الله الثقفي قال: كتب عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أن النساء إنما هن عوان عند أزواجهن يعطين على الرغبة والرهبة، فأيما امرأة أعطت زوجها شيئا ثم أرادت أن تعتصره فهي أحق به.رقم الجزء: ١ رقم الصفحة: ٤٤٤كتاب الشفعة وإحياء المواترقم الجزء: ١ رقم الصفحة: ٤٤٧---استحقاق الشفعة بنسبة الأنصباء:." (١)

"نقل حنبل عنه قال: أرى الشفعة للخليط. وإن لم يمكن قسمته كالعبد والحيوان. قال أبو حفص : لا أدري؟ لم يضبطه حنبل أو كان قولا قديما، وقد قال في رواية عبد الله. لا أرى الشفعة إلا في الدور والأرضين وليس فيما سوى ذلك شفعة. وكذلك نقل الفضل بن زياد. فمن ذهب إلى ظاهر رواية حنبل يقول: هذا ملك مشترك. فأشبه العقار.والمذهب: أنه لا شفعة في غير الأرضين، لأن الشفعة إنما وجبت في العقار إما لخوف التأذي على الدوام أو أنه يستضر لأن شريكه يطالبه بالقسمة فيلزمه مؤونة بذلك وهذا معدوم في غير العقار.رقم الجزء: ١ رقم الصفحة: ٤٥٠الشفعة في الشقص الموهوب بشرط العوض:٤ . مسألة: إذا وهب الشقص بشرط العوض. فهل يستحق الشفيع الرجوع أم لا؟نقل بكر بن محمد عن أبيه: أنه إذا وهبها فليس للشفيع شفعة أثيب منها أو لم يثب منها، لأن ـ النبي صلى الله عليه وسلم ـ نهى أن يرجع في الهبة إلا الوالد. فظاهر هذا إبطال الشفعة، ولابنه ملك الشفعة بعقد الهبة فلم يملك الشفيع الشفعة كما لو ملكها بغير عوض. وعندي أنه يملك المطالبة بالشفعة، لأن أحمد قد قال في رواية حنبل وابن منصور: إذا كانت **الهبة بشرط** الثواب، فإنه يرجع فيها إن لم يثب عليها. فجعلها جارية مجرى عقد المعاوضة. كذلك في الشفيع، لأن الشقص ملك يعوض فملك الشفعة فيه كالملك بالمبيع.رقم الجزء: ١ رقم الصفحة: ٤٥٠ملك الأرض المجهول أهلها بالإحياء:٥ . مسألة: في الموات الذي جرى عليه مجرى ملك مسلم ولا يعرف مالكه هل يملك بالإحياء؟فنقل أبو الحارث ويوسف بن موسى وأبو داود : لا يملك،

(١) المسائل الفقهية، ١/٢٦٩

وهو اختيار الخرقي وأبي بكر.ونقل صالح أنه يملك: فقال إن كانت أرضا قد ملكت وذهب أربابها ولا يعرف لها وارث فأرجو إن شاء الله.وجه الأولى: أنها أرض جرى عليها ملك من له حرمة فلم تملك بالإحياء كما لو كان لها مالك موجود.---." (١)

"وفي كلام العرب كقوله تعالى (وأشربوا في قلوبهم العجل واسأل القرية) وغير ذلك، وكذلك قوله أعتقه أي من حقي عليه يدل على ذلك قوله فأعتقوه يعني الغرماء وهم لا يملكون الا الدين الذي عليه، وأما قوله تعالى (فنظرة إلى ميسرة) فيمكن منع دخوله تحت عمومها لما ذكرنا من أنه في حكم الاغنياء في حرمان الزكاة وسقوط نفقته عن قريبه ووجوب نفقة قريبه عليه، وحديثهم قضية عين لا يثبت حكمها الا في مثلها ولم يثبت أن لذلك الغريم كسا يفضل عن قدر نفقته.أما قبول الهدية والصدقة فمضرة تأباها قلوب ذوي المروءات لما فيها من المنة.فعلى هذا لا يجبر على الكسب الا من كسبه يفضل عن نفقته ونفقة من تلزمه نفقته لما تقدم.(فصل) ولا يجبر على قبول صدقة، ولا هدية، ولا وصية، ولا قرض، ولا المرأة على التزويج ليأخذ مهرها لان في ذلك ضررا للحوق المنة في الهدية والصدقة والوصية والعوض في القرض وتملك الزوج للمرأة في النكاح وجوب حقوقه عليها، ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فالخيار بحاله ولا يجبر على ما فيه الحظ من الرد والامضاء لان الفلس يمنعه من احداث عقد أما من امضائه وتنفيذ عقود فلا (فصل) وان جني على المفلس جناية توجب المال ثبت وتعلقت حقوق الغرماء به ولا يصح عفوه فان كانت موجبة للقصاص فهو مخير بين القصاص والعفو ولا يجبر على العفو على مال لان ذلك يفوتالقصاص الذي يجب لمصلحة الزحر، فان اقتص لم يجب للغرماء شئ، وان عفا على مال ثبت وتعلق به حقوق الغرماء، وإن عفا مطلقا انبنى على الروايتين في موجب العمد ان قلنا القصاص خاصة لم يثبت شئ، وان قلنا أحد أمرين ثبتت الدية أو تعلقت بها حقوق الغرماء، وان عفا على غير مال وقلنا القصاص هو الواجب عينا لم يثبت شئ، وان قلنا أحد الامرين يثبت الدية ولم يصح إسقاطه لان عفوه عن القصاص يثبت له الدية ولا يصح إسقاطها، وإن وهب هبة بشرط الثواب ثم أفلس فبذل له الثواب لزمه قبوله ولم يكن له اسقاطه لانه أخذه على سبيل العوض عن الموهوب كالثمن في المبيع وليس له إسقاط شئ من ثمن مبيع أو اجرة اجارة ولاقبض ردئ، ولاقبض المسلم فيه دون صفاته الا باذن غرمائه ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرنا." (٢)

---

(١) المسائل الفقهية، ٢٧١/١

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٥٠٧/٤

"شافعي لم يكن عليه في ذلك إثم لان النبي صلى الله عليه وسلم قد كلم غرماء جابر ليضعوا عنه وفي الذي أصيب في حديقته فمر به النبي صلى الله وسلم وهو ملزوم فأشار إلى غرمائه بالنصف فأخذوه منه، فان فعل ذلك قاض اليوم جاز إذا كان على وجه الصلح والنظر لهما، وقد روى عبد الله بن كعب عن أبيه انه تقاضى ابن أبي حدرد دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج اليهما ثم نادى (يا كعب) قال لبيك يارسول الله.فأشار إليه أن ضع الشطر من دينك.قال قد فعلت يا رسول الله، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (قم فاعطه) متفق عليه فأما إن منعه المقر حقه حتى يضع عنه بعضه فالصلح باطل لانه صالح عن بعض ماله ببعضه وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الابراء أو الهبة المقرون بشرط مثل أن يقول أبرأتك من خمسمائة أو وهبتك بشرط أن تعطيني ما بقي، قال ابن أبي موسى الصلح على الاقرار هضم للحق فمتى ألزم المقر له ترك بعض حقه فتركه من غير طيب نفسه لم يطب لاحد، وإن تطوع المقر له باسقاط بعض حقه جاز غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بسبيل فلم يجعله صلحا، ولم يسم الخرقي الصلح إلا في حال الانكار، فأما مع الاعتراف فان قضاه من جنس حقه فهو وفاء وإن قضاء من غير جنسه فهو معاوضة وإن أبرأه من بعضه فهو إبراء وإن وهبه بعض العين فهو هبة فلا يسمى صلحا وسماه القاضي وأصحابه صلحا وهو قول الشافعي.والخلاف في التسمية أما المعنى فمتفق عليه، وهو ينقسم إلى إبراء وهبة ومعاوضة وقد ذكرنا الابراء، فأما الهبة فهو أن يكون له في يده عين فيقول قد وهبتك نصفها واعطني بقيتها فيصح ويعتبر له شروط الهبة، وإن أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي، لانه إذا شرط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضا عن الوفاء فكأنه عاوض بعض حقه ببعض، فان أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحني بنصف دينك علي أو بنصف دارك هذه،فيقول صالحتك بذلك لم يصح: ذكره القاضي وابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي، وقال أكثرهم يجوز الصلح لانه إذا لم يجر بلفظه خرج عن أن يكون صلحا ولا يبقى له تعلق به اما إذا كان بلفظه سمي صلحا لوجود اللفظ وان تخلف المعنى **كالهبة بشرط** الثواب، وانما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة إذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا، وانما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد يحصل هذا من غير عوض كالتمليك إذا كان بعوض سمي بيعا وان خلا عن العوض سمي هبة ولنا أن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لانه إذا قال صالحني بهبة كذا أو على هبة كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا فقد أضاف إليه بالمقابلة فصار كقوله بعني بألف وان أضاف إليه على جرى

مجرى الشرط كقوله (على أن تأجرني ثماني حجج) وقوله (فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا) وكلاهما لا يجوز بدليل مالو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة، وقولهم انه يسمى صلحا." (١)

"شراء الشقص وبذل ماله دليل حاجته إليه فانتزاعه منه أعظم ضررا من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه ولنا أنه انتقل بغير عوض أشبه الميراث ولان محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه لان الشفيع يأخذه ومن المشتري بمثل السبب الذي انتقل إليه به ولا يمكن هذا في غيره ولان الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا (مسألة) (ولا تجب فيما عوضه غير المال كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد في أحد الوجهين) والمستقل بعوض على ضربين أحدهما ما عوضه المال كالبيع ففيه الشفعة بغير خلاف وكذلك كل ما جرى مجراه كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجناية الموجبة للمال والهبة والمشروط فيها ثواب معلوم لان ذلك بيع يثبت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في **الهبة المشروط** فيها ثواب حتى يتقابضا لان الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار.ولنا أنه تملكها بعوض هو مال فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة لان العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم فانه ينعقد بها النكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق (الضرب الثاني) ما انتقل بعوض غير المال نحو أن." (٢)

"ولنا أنه عقد تمليك لا يصح تعليقه بالشروط فلم يصح في المجهول كالبيع بخلاف النذر والوصية فاما ما لا يقدر على تسليمه فتصح هبته في أحد الاحتمالين إذا قلنا إن القبض ليس بشرط في صحة الهبة وقد ذكرناه.* (مسألة) * (ولا يجوز تعليقها على شرط ولا شرط ما ينافي مقتضاها نحو أن لا يبيعها ولا يهبها) لا يصح **تعليق الهبة** على شرط لانها تمليك لعين في الحياة فلم يجز تعليقها على شرط كالبيع، فان علقها على شرط كقول النبي صلى الله عليه وسلم لام سلمه " ان رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك " كان وعدا لا هبة ومتى شرط شرطا ينافي مقتضاها نحو أن لا يبيعها ولا يهبها أو بشرط أن يبيعه أو يهبه أو أن يهب فلانا شيئا لم يصح الشرط رواية واحدة، وفي صحة الهبة وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع.* (مسألة) * (ولا توقيتها كقوله وهبتك هذا سنة) إذا وقت الهبة كقوله وهبتك هذا سنة ثم يعود الي

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٣/٥

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤٦٤/٥

لم يصح لانه عقد تمليك لعين فلم تصح مؤقتا كالبيع (فصل) وان وهب امة واستثنى ما في بطنها صح في قياس قول احمد فيمن اعتق امة واستثنى ما في بطنها لانه تبرع بالام واستثنى ما في بطنها أشبه العتق، وبه يقول في العتق النخعي واسحاق وأبو ثور، ويتخرج أن لا يصح كما لو باع أمة واستثنى ما في بطنها، وقد ذكرناه في البيع، وقال أصحاب الرأي تصح الهبة ويبطل الاستثناء، ولنا أنه لم يهب الولد فلم يملكه الموهوب له كالمنفصل وكالموصى به.* (مسألة) * (الا في العمرى والرقبى وهو أن يقول أعمرتك هذه الدار أو أرقبتكها أو جعلتها لك عمرك أو حياتك فانه يصح وتكون للمعمر ولورثته من بعده) العمرى والرقبى نوعان من أنواع الهبة يفتقران إلى ما يفتقر إليه سائر الهبات من الايجاب والقبول والقبض أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره، وصورة العمرى أن يقول أعمرتك داري هذه أو هي لك عمرك أو ما عشت أو مدة حياتك أو ما حييت أو نحو هذا، سميت عمرى لتقييدها بالعمر، والرقبى." [1]

" & باب الشفعة & وهي استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) & باب الشفعة &

هي بإسكان الفاء مأخوذة من الشفاعة أو الزيادة أو التقوية أو من الشفع وهو أحسنها لأن الشفع هو الزوج فإن الشفيع كان نصيبه منفردا في ملكه فبالشفعة ضم المبيع إلى ملكه وبالثاني جزم به بعض أهل اللغة لأن نصيبه كان وترا فصار شفعا والشافع هو الجاعل الوتر شفعا والشفيع فعيل بمعنى فاعل

وهي ثابتة بالسنة فروى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه أحمد والبخاري وبالإجماع حكاه ابن المنذر قال في المغني ولا نعلم أحدا خالف فيها إلا الأصم فإنه قال لا يثبت لما فيه من الإضرار بأرباب الأملاك لتقاعس الناس عن الشراء حيث علموا انتزاع ما يشترونه وجوابه بأنه يندفع ذلك بالمقاسمة وأعقب الشفعة للغصب فإنها تؤخذ قهرا فكأنها مستثناة من تحريم أخذ مال الغير قهرا

وهي استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها هذا بيان لمعناها ولا يخفى ما فيه من الإحتراز لكنه غير جامع لخروج الصلح بمعنى البيع **والهبة بشرط** الثواب ولا مانع لأنه يرد عليه الكافر ولا شفعة له وفي المغني استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكة المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه وهو غير مانع لدخول ما انتقل بغير عوض كالإرث والوصية والهبة بغير ثواب أو

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٦/٢٦٤

١-

". (١)

" فصل الثاني أن يكون شقصا مشاعا من عقار (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١)

(١) أنه قياس المذهب وجزم به في الوجيز لأنه مملوك بغير المال أشبه الإرث والثاني يجب اختاره ابن حامد وقاله ابن شبرمة وابن أبي ليلى لأنه مملوك بعقد معاوضة أشبه البيع وأطلق في الفروع الخلاف ثم قال وعلى قياسه ما أخذ أجره أو ثمنا في سلم أو عوضا في كتابه فإن وجبت فقيل يأخذه بقيمته وقيل بقيمة مقابله وعلى الأخذ لو طلق الزوج بعد الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ماأصدقها لأنه موجود في يدها نصفه وإن طلقها بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته لأن ملكها زال عنه وإن طلق قبل علم الشفيع ثم علم فوجهان

أحدهما يقدم حق الشفيع لأنه ثبت بالنكاح السابق

والثاني يقدم حق الزوج لأنه ثبت بالنص والإجماع وهما معدومان في الشفعة هنا وفهم منه أن ما انتقل بعوض مالي كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجناية الموجبة للمال **والهبة المشروط** فيها ثواب معلوم فإنها تثبت فيها لأن ذلك يثبت فيه أحكام البيع

فرع إذا جنى جنايتين عمدا أو خطأ فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصفه فقط إن قلنا موجب العمد القصاص عينا وإلا وجب في الجميع فصل

الثاني أن يكون المبيع شقصا بكسر أوله قال أهل اللغة هو من الأرض والطائفة من الشيء مشاعا من عقار مرادهم بالعقار هنا الأرض

١-

". (٢)

---

(١) المبدع، ٥/٢٠٣

(٢) المبدع، ٥/٢٠٥

"وما لا يقدر على تسليمه ولا يجوز تعليقها على شرط (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١)
(١) رواية أبي داود وحرب لأنه تمليك فلم يصح في المجهول كالبيع وشرطه إلا ما تعذر علمه علمه كالصلح صرح به الأئمة وقيل لا يصح إن كان من الواهب دون المتهب لانتفاء العلة وعلم منه أنه لا تصح هبة المعدوم كالتي تحمل أمته أو شجرته من باب أولى وما لا يقدر على تسليمه كالآبق والشارد والمغصوب لغير غاصبه لأنه عقد يفتقر إلى القبض أشبه البيع وظاهره أنه إذا وهبه لغاصبه أو لمن يتمكن من أخذه صح لإمكان قبضه وليس لغير الغاصب القبض إلا بإذن الواهب فإن وكل المالك الغاصب في تقبيضه صح وإن وكل المتهب الغاصب في القبض له فقبل ومضى زمن يمكن قبضه فيه صار مقبوضا وملكه المتهب وبرىء الغاصب من ضمانه ذكره في الشرح وقيل تصح هبة غير مقدور عليه وقاله أبو ثور لأنه تمليك بلا عوض كالوصية قال في الفروع ويتوجه منه هبة معدوم غيره

ولا يجوز تعليقها على شرط جزم به أكثر الأصحاب لأنها تمليك لمعين في الحياة فلم يجز تعليقها على شرط كالبيع وما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إن رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك وعد لا هبة واستثنى في الفروع وسبقه إليه ابن شهاب والقاضي غير الموت أي موت المبرىء

تنبيه لا يصح تعليق الإبراء بشرط نص عليه فيمن قال إن مت فأنت في حل لأنه إن كان تمليكا **فكتعليق الهبة** وإلا فقد يقال هو تمليك من وجه والتعليق مشروع في الإسقاط المحض فقط فإن ضم التاء فوصية وعن

١-

". (١)

"بصيرة بخراب الذمة فأشبها من اشترى معيبا لم يعلم عيبه وإن جنى المفلس جناية توجب مالا لزمه وشارك صاحبه الغرماء لأنه حق ثبت بغير رضى مستحقه فوجب قضاؤه من المال وإن ثبت عليه حق بسبب قبل الفلس ببينة شارك صاحبه الغرماء لأنه غريم قديم فهو كغيره فصل

الحكم الثاني أنه يتعلق حقوق الغرماء بعين ماله فليس لبعضهم الاختصاص بشيء منه سوى ما سنذكره ولو قضى المفلس أو الحاكم بعضهم وحده لم يصح لأنه شركاؤه فلم يجز اختصاصه دونهم ولو

---

(١) المبدع، ٥/٣٦٧

جنى عليه جناية أوجبت مالا أو ورث مالا تعلقت حقوقهم به وإن أوجبت قصاصا لم يملكوا إجباره على العفو إلى مال لأن فيه ضررا بتفويت القصاص الواجب لحكمة الإحياء ولا يجبر على قبول هبة ولا صدقة ولا قرض عرض عليه ولا المرأة على التزوج لأن فيه ضررا بلحوق المنة والتزوج من غير رغبة ولو باع بشرط الخيار لم يجبر على ما فيه الحظ من رد أو إمضاء لأن المفلس يمنعه إحداث العقود لا إمضاؤها وليس للغرماء الخيار لأن الخيار لم يشرط لهم وإن وهب **هبة بشرط** الثواب لزم قبوله لأنه عوض عن مال فلزم قبوله كثمن المبيع ولا يملك إسقاط ثمن مبيع ولا أجرة ولا أخذه رديئا ولا قبض المسلم فيه دون صفته الا بإذن الغرماء لما ذكرناه

". (١)

"قطاع الطريق لأنه إعانة على المعصية والقصد بالوقف القربة ولا على من لا يملك كالميت والملك والجني لأن الوقف تمليك في الحياة ولا على عبد أو أم ولد لأنه لا يملك في رواية وفي أخرى ملكه غير لازم والوقف لا يجوز أن يكون متزلزلا ولا على حربي أو مرتد لأن ملكهما تجوز إزالته والوقف يجب أن يكون لازما ولا على غير معين كرجل أو امرأة لأن تمليك غير المعين لا يصح فإن قيل فكيف جاز الوقف على المساجد وهي لا تملك قلنا الوقف إنما هو على المسلمين لكن عين نفعا خاصا لهم فصل

ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع إلا أن يقول هو وقف بعد موتي فيصح ويكون وصية يعتبر خروجه من الثلث لأنه تبرع مشروط بالموت فكان وصية كما لو قال إذا مت فهذا صدقة للمساكين وجعل القاضي وأبو الخطاب تعليق الوقف على الموت كتعليقه على شرط في الحياة فلا يصح في الموضعين إلا على قول الخرقي والأولى التفريق بينهما لأن تعليقه بالموت وصية فجاز كما لو قال إذا مت فداري لفلان أو أبرأته من ديني عليه ولا يلزم من جواز ذلك صحة **تعليق الهبة** والإبراء على شرط في الحياة كذا هاهنا ولا يجوز الوقف إلى مدة لأنه إخراج مال على سبيل القربة فلم يجز

---

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٢/١٧١

(١) ".

"إن حلف لا يهبه فأبرأه لم يحنث لأن الهبة تمليك عين قال الحارثي تصح بلفظ الهبة والعطية مع اقتضائهما وجود معين وهو منتف لإفادتهما لمعنى الإسقاط هنا قال ولهذا لو وهبه دينه هبة حقيقة لم يصح لانتفاء معنى الإسقاط وانتفاء شرط الهبة ومن هنا امتنع هبته لغير من عليه وامتنع (((وكان))) إجزاؤه عن الزكاة (((مائة))) لانتفاء حقيقة الملك

وفي الانتصار إن أبرأ مريض من دينه وهو كل ملكه ففي براءته من ثلثه قبل دفع ثلثيه منع وتسليم وتصح مع جهل المبرىء وعنه إن لم يعرفه المبرأ زاد في المحرر وظن المبرىء جهله به وعنه إن تعذر علمه به صح وإلا فلا ولو جهلاه وعنه لايصح كبراءة من ذكرها أبو الخطاب وأبو الوفاء كما لو كتمه ربه خوفامن أنه لو علمه لم يبرئه ومن صور المجهول الإبراء من أحدهما وأبرأ أحدهما قاله الحلواني وأنه يصح ويؤخذ بالبيان كطلاقه وعتقه إحداهما يعني ثم يقرع على المذهب وفي صحة الإبراء من شيء لا يعتقد (((يعتقده))) وجهان (م ٢٣) ولا يصح تعليقه بشرط نص عليه فيمن قال إن مت فأنت في حل لأنه إن كان تمليكا **فكتعليق الهبة** وإلا فقد يقال هو تمليك من وجه والتعليق مشروع في الإسقاط المحض فقط (وه) وذكره بعض (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١)

مسألة ٢٣ قوله وفي صحة الإبراء من شيءلا يعتقده وجهان انتهى قال الشيخ الموفق ومن تابعه قال أصحابنا لو أبرأه من مائة وهو يعتقد أن لا شيء عليه وكان له عليه مائة ففي صحة البراءة وجهان انتهى وأطلقهما في القواعد الفقهية أحدهما لا يصح صححه في النظم

والوجه الثاني يصح وهو قياس الأصل الذي بناه الشيخ الموفق وغيره عليه

تنبيه قال الشيخ الموفق أصل الوجهين لو باع مالا لمورثه يعتقد أنه حي وكان قد مات وانتقل ملكه إليه فهل يصح البيع يه وجهان انتهى وأدخلها في القواعد في جملة من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه قلت الصحيح في هذه المسألة صحة البيع صححه في التلخيص وغيره وقدمه في المغني في باب الرهن وغيره وقد أطلق المصنف الخلاف في هذه المسألة في كتاب البيع وتقدم تصحيح ذلك هناك وقال القاضي أصل الوجهين من باشر امرأة بالطلاق يظنها أجنبية فباتت امرأته أو واجهه بالعتق

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٢/٤٥٠

من يعتقدها حرة فبانت أمته انتهى وقد أطلق أيضا المصنف الخلاف في هذه المسألة على ما يأتي في باب الشك في الطلاق وأن الصحيح أنه لا يقع

١-

". (١)

"جواز السمسرة :قال الامام البخاري: لم ير ابن سيرين وعطاء وإبراهيم والحسن بأجر السمسار بأسا (١).وقال ابن عباس: لا بأس بأن يقول: بع هذا الثوب فما زاد على كذا وكذا فهو لك.وقال ابن سيرين: إذا قال بعه بكذا فما كان من ربح فهو لك أو بيني وبينك فلا بأس به.وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (المسلمون على شروطهم).رواه أحمد وأبو داود والحاكم عن أبي هريرة.وذكره البخاري تعليقا.بيع المكره :اشترط جمهور الفقهاء أن يكون العاقد مختارا في بيع متاعه، فإذا أكره على بيع ماله بغير حق فإن البيع لا ينعقد لقول الله سبحانه: (إلا أن تكون تجارة (٢) عن تراض منكم).والتجارة كل عقد يقصد به الربح مثل عقد البيع وعقد الاجارة وعقد **الهبة بشرط** العوض، لان المبتغى في جميع ذلك في عادات الناس تحصيل الاعواض لا غير، وعلى هذا فالتجارة أعم من البيع.__________(١) السمسار: هو الذي يتوسط بين البائع والمشتري لتسهيل عملية البيع.(٢) سورة النساء آية رقم ٢٩.." (٢)

"كان ذلك وصية.وإذا كانت بعوض (١) كانت بيعا ويجري فيها حكم البيع، أي أنها تملك بمجرد تمام العقد ولا تنفذ فيها تصرفات الواهب إلا بإجازة الموهوب له.ويثبت فيها الخيار والشفعة.ويشترط أن يكون العوض معلوما فإذا لم يكن العوض معلوما بطلت الهبة. والهبة المطلقة لا تقتضي عوضا سواء أكانت لمثله أو دونه أو أعلى منه. هذا هو معنى الهبة بالمعنى الاخص.أما معناها بالمعنى الأعم فيشمل ما يأتي:١ - الابراء: وهو هبة الدين ممن هو عليه.٢ - الصدقة: وهي هبة ما يراد به ثواب الآخرة.٣ - الهدية: وهي ما يلزم الموهوب له أن يعوضه.مشروعيتها: وقد شرع الله الهبة لما فيها من تأليف القلوب وتوثيق عرى المحبة بين الناس.وعن أبي هريرة، رضي__________(١) يرى أبو حنيفة أن **الهبة بشرط** العوض هبة

---

(١) الفروع، ١٤٤/٤

(٢) فقه السنة، ٧٤/٣

ابتداء بيع انتهاء. وعلى هذا فهي قبل تسليم العوض لا تملك إلا بالقبض ولا ينفذ فيها تصرفات الموهوب له قبل القبض. ويجوز للواهب التصرف فيها.." (١)

"المخاصمة فى الجهاز محمد خاطر .١٩ صفر ١٣٩٢ هجرية - ٣ أبريل ١٩٧٢ م ١- الأصل فى المهر أنه ملك للزوجة مهما كان عظيما، ولها وحدها ولاية التصرف فيه بما تريد .٢- لا تجبر الزوجة على تجهيز نفسها من مهرها، ولا يجبر أبوها على تجهيزها من مالها ولا من مال نفسه لأن الشىء لا يقابله عوضان .٣- لو دفع الزوج لوالد زوجته مبلغا زائدا عن المهر بقصد الجهاز ثم زفها إليه بلا جهاز خاصمه فيه على قدر العرف والعادة، أو طالبه برد ما دفعه زيادة على المهر من السيدة م م ط بطلب تضمن أنها تزوجت برجل بوكالة والدها الذى قبض معجل صداقها وقدره ألف جنيه، والتزم والدها بأن يقوم بجهازها، غير أنه لم يف بالتزامه هذا وتصرف فى معجل صداقها، ثم كتب على نفسه إقرارا التزم فيه بأن يقوم بجهازها خلال مدة حددها بإقراره، أو يقوم بدفع معجل صداقها الذى فى ذمته إليها نقدا، وأنه مازال يماطلها، فلا هو يجهزها ولا هو يدفع معجل صداقها، وأخيرا امتنع عن تجهيزها محتجا بأنه غير ملزم شرعا بجهازها، وأن زوجها هو وحده الملزم به شرعا، وطلبت السائلة الإفادة عمن هو ملزم شرعا بجهازها، أهو الأب أم الزوج الأصل فى المهر أنه ملك للزوجة مهما كان عظيما، فليس لأحد حق فى شىء منه، سواء فى ذلك الزوج أو الأب أو غيرهما، ولها وحدها ولاية التصرف فيه بما تريد من أنواع التصرف، وأن المعجل منه مقابل بنفس المرأة، حتى ملكت حبس نفسها لاستيفائه، ومن ثم لا تجبر الزوجة على تجهيز نفسها من مهرها، ولا يجبر أبوها على تجهيزها من مالها ولا من مال نفسه لأن الشىء لا يقابله عوضان، وليس على الزوجة إلا تسليم نفسها فى بيت الزوج، وعليه لها جميع ما يكفيها بحسب حالهما من أكل وشرب ولبس وفرش، ولا يلزمها أن تتمتع بما هو ملكها ولا أن تفرش له شيئا من فرشها .غاية الأمر أن الزوج لو كان قد دفع لأبيها مبلغا زائدا عن المهر بقصد الجهاز ولم يدرج على أنه من المهر، ثم زفها إليه بلا جهاز فللزوج أن يطالبه بالجهاز، ويخاصم فيه على قدر العرف والعادة أو يطالبه برد ما دفعه زيادة على المهر، لأنه هبة بشرط العوض فله الرجوع بها عند عدم العوض، إلا إذا سكت بعد الزفاف عن المطالبة مدة تكفى للدلالة

(١) فقه السنة، ٥٣٥/٣

على الرضا وعدم الاعتراض، فإن ذلك المال يعتبر هبة غير مشروطة بشرط ولا يكون له بعد ذلك حق الاعتراض .ومما ذكر يعلم الجواب عن السؤال .والله سبحانه وتعالى أعلم." (١)

"الرشوةF عطية صقر .مايو ١٩٩٧Mالقرآن والسنةQ ما هو التحديد الشرعى للرشوة و ما حكمها ؟An الرشوة فعلها رشا يرشو ، وهى إما مصدر وإما اسم للشيء الذى يرشى به ، ويقال أيضا أرشاه يرشيه أى قدم له الرشوة ، فالفعل إما ثلاثى وإما رباعى " مختار الصحاح " .١ - قال ابن الأثير فى " النهاية " الرشوة ما يتوصل به إلى الحاجة بالمصانعة ، وأصله من الرشا الذى يتوصل به إلى الماء ، فالراشى من يعطى الذى يعينه على الباطل ، والمرتشى هو الآخذ ، والرائش هو الذى يسعى بينهما ، يستزيد لهذا ويستنقص لهذا ، فأما ما يعطى توصلا إلى أخذ حق أو دفع ظلم فغير داخل فيه ، يروى أن ابن مسعود أخذ بأرض الحبشة فى شيء ، فأعطى دينارين حتى خلى سبيله ، وروى عن جماعة من أئمة التابعين قالوا : لا بأس أن يصانع الرجل عن نفسه وماله إذا خاف الظلم .جاء فى تاج العروس وحاشية الطحطاوى على الدر "ج ٣ ص ١٧٧ " أن الرشوة فى الإصطلاح ما يعطى لإبطال حق أو لإحقاق باطل .وأرى أنها تطلق فى العرف الجارى على ما يدفع لنيل ما يصعب الحصول عليه ، وذلك إما لأنه ممنوع شرعا أو قانونا ، وإما لأنه غير ممنوع ولكن يحتاج إلى جهد للحصول عليه ، فالأول كالقضاء له بشيء لا يستحقه ، أو بظلم أحد لا يستحق الظلم ، والثانى كحصوله على حقه ويحتاج إلى دفع شيء للتعجيل به وعدم التسويف فيه أو محاولة منعه ، وكدفع ظلم عنه لا يمكن إلا بما يقدم لمن يستطيع دفع هذا الظلم .٢ - والرشوة فى النوع الأول حرام لأن الممنوع شرعا أو عقلا حرام ، وكل ما يوصل إلى الحرام فهو حرام ، سواء كان ذلك بين الأفراد بعضهم مع بعض ، أم بين الأفراد ومن بيدهم سلطان قضائى أو تنفيذى ، وذلك من أجل أن ينال هذا الشيء الحرام من الأول بالحكم ومن الثانى بالتنفيذ ، قال تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون ﴾ البقرة : ٥٨ ، وقال ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ النساء : ٢٩ .وورد فى السنة عن عبد الله بن عمرو قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشى والمرتشى . رواه أبو داود والترمذى ، وقال : حسن صحيح .وعن أبى هريرة قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشى والمرتشى و الرائش ، يعنى الذى يسعى بينهما ، رواه الترمذى وحسنه ، وابن حبان فى صحيحه والحاكم ، وجاء فى بعض الروايات : والمرتشى فى الحكم وفيه

---

(١) فتاوى دار الإفتاء المصرية، ١/٢٩٥

حديث ابن اللتبية الذى كان يعمل لرسول الله صلى الله عليه وسلم على الصدقات ورجع بالصدقات وبهدايا ، فغضب الرسول وقال " هلا قعد فى بيت أبيه وأمه حتى تأتيه هديته " ؟ ونص الحديث : عن أبى حميد عبد الرحمن بن سعد الساعدى قال : استعمل النبى صلى الله عليه وسلم رجلا من الأزد يقال له " ابن اللتبية " على الصدقة ، فلما قدم قال هذا لكم وهذا اهدى إلى ، فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال " أما بعد ، فإنى أستعمل الرجل منكم على العمل مما ولانى الله فيأتى ويقول : هذا لكم وهذا هدية أهديت إلى ، أفلا جلس فى بيت أبيه وأمه حتى تأتيه هديته إن كان صادقا ، والله لا يأخذ أحد منكم شيئا بغير حقه إلا لقى الله تعالى يحمله يوم القيامة ، فلا أعرفن واحدا منكم لقى الله يحمل بعيرا له رغاء أو بقرة لها خوار ، أو شاة تيعر " ثم رفع يديه حتى رؤى بياض إبطيه فقال " اللهم هل بلغت " رواه البخارى ومسلم .٣- بعد هذا أنقل شيئا مما قاله العلماء فى موضوع الرشوة :(أ) جاء فى كتاب " الآداب الشرعية والمنح المرعية " لشمس الدين أبى عبد الله محمد بن مفلح المقدسى الحنبلى المتوفى بتاريخ ٢ من رجب سنة ٧٦٢ هـ عن الهدية ما ملخصه :حرم ابن تيمية الهدية فى كل شفاعة فيها إعانة على فعل واجب أو ترك محرم ، وفى شفاعة عند ولى أمر ليوليه ولاية أو يستخدمه فى المقاتلة وهو مستحق لذلك . أو ليعطيه من الموقوف على الفقراء أو القراء أو الفقهاء أو غيرهم وهو من أهل الاستحقاق ، وهذا هو المنقول عن السلف والأئمة الكبار ، وقد رخص بعض الفقهاء المتأخرين فى ذلك ، وجعل هذا من باب الجعالة ، يعنى الشافعية .قال : وهو مخالف للسنة وأقوال الصحابة والأئمة وهو غلط ، لأن مثل هذا من المصالح العامة التى يكون القيام بها فرض عين أو كفاية ، فيلزم من اخذ الجعل فيه ترك الحق ، والمنفعة ليست للباذل بل للناس ، وطلب الولاية منهى عنه فكيف بالعوض فهذا من بلب الفساد . انتهى كلامه .والخبر الذى احتج به هو : روى أبو داود فى سننه " باب الهدية للحاجة " ثم روى عن أبى أمامة مرفوعا للنبى صلى الله عليه وسلم " من شفع لأخيه شفاعة فأهدى له هدية فقد أتى بابا عظيما من أبواب الربا " ضعفه بعضهم [جاء فى بلوغ المرام " ص ١٧٧ " أن ابن حجر قال : فى إسناده مقال ، يعنى حديث ضعيف] لكن نص أحمد رضى الله عنه .على أنه لو قال : اقترض لى مائة ولك عشرة أنه يصح ، قال أصحابنا :لأنه جعالة على فعل مباح ، وقالوا : يجوز للإمام أن يبذل جعلا لمن يدل على ما فيه مصلحة للمسلمين ، وأن المجعول له لا يستحق الجعل ، مسلما كان أو كافرا ، و قاسو على أجرة الدليل [أى دليل النبى صلى الله عليه وسلم " فى الهجرة ، وكان كافرا] .(ب) والإمام الغزالى

فى كتابه إحياء علوم الدين "ج ٢ ص ١٣٦ طبعة عثمان خليفة " فصل الموضوع تفصيلا لا مزيد عليه فى الفرق بين الرشوة والهدية ، وسأحاول تلخيص ما قال فيما يأتى :باذل المال لا يبذله قط إلا لغرض ، ولكن الغرض إما اجل كالثواب وإما عاجل ، والعاجل إما مال وإما فعل وإعانة على مقصود معين ، وإما تقرب إلى قلب المهدى إليه بطلب محبته ، إما للمحبه فى عينها وإما للتوصل بالمحبة إلى غرض وراءها ، فالأقسام خمسة :الأول : ما غرضه الثواب فى الآخرة ، كأن يهدى لمحتاج أو عالم ، أو ذى نسب دينى أو صالح متدين ، فلا بأس ، وعلى هؤلاء ألا يأخذوا ذلك إلا إذا كان بهذه الصفة التى من أجلها أهدى الناس إليهم .الثانى : ما يقصد به فى العاجل غرض معين ، كالفقير الذى يهدى إلى الغنى طمعا فى غناه ، فهذه هبة بشرط الثواب لا يخفى حكمها ، وإنما تحل عند الوفاء بالثواب المطموع فيه .الثالث : أن يكون المراد إعانة بفعل معين . كالمحتاج إلى السلطان يهدى إلى وكيل السلطان وخاصته ومن له مكانة عنده ، فهذه هدية بشرط ثواب يعرف بقرينة الحال فينظر لهذا العمل الذى هو الثواب ، فان كان حراما ، بأخذ ما لا يستحق أو بظلم غيره حرم الأخذ ، وإن كان العمل الذى هو الثواب واجبا ، كدفع ظلم متعين على من يقدر عليه أو بشهادة متعينة فيحرم عليه ما يأخذه ، وهى الرشوة التى لا يشك فى تحريمها ، وإن كان مباحا لا واجبا ولا حراما وكان فيه تعب بحيث لو عرف لجاز الاستئجار عليه فما يأخذه حلال إن وفى بالغرض ، وهو كالجعالة ، مثل اقترح على فلان أن يعيننى فى غرض كذا أو ينعم على بكذا ، وكان ذلك يحتاج إلى كلام وجهد فهذه جعالة ، كما يأخذ الوكيل بالخصومة " المحامى " بين يدى للقاضى ، فليس بحرام إذا كان لا يسعى فى حرام ، أما إن كان مقصوده يحصل بكلمة لا تعب فيها ، ولكن تلك الكلمة أو كانت تلك الفعلة من ذى جاه تفيد ، كقوله للبواب :لا تغلق دونه باب السلطان ، وكوضعه قصته بين يدى السلطان فقط فهذا حرام ، لأنه عوض عن الجاه ولم يثبت فى الشرع جواز ذلك ، بل ثبت ما يدل على النهى عنه ، كما سيأتى فى هدايا الملوك ، ومثل ذلك أخذ الطبيب العوض على كلمة واحدة ينبه بها على دواء ينفرد بمعرفته ، فلا يذكره إلا بعوض ، فإن عمله وهو التلفظ غير متقوم ، كحبة من سمسم ، فلا يجوز أخذ العوض عليه ولا على علمه ، إذ ليس ينتقل علمه إلى غيره ، وإنما يحصل لغيره مثل علمه ويبقى هو عالما به ، وهذا غير الحاذق فى الصناعة ، كالذى يصقل السيف أو المرآة بدقة واحدة لحسن معرفته بموضع الخلل ولحذقه بإصابته ، فقد يزيد بدقة واحدة مال كثير فى قيمة السيف والمرآة ، فهذا لا أرى بأسا بأخذ الأجرة عليه ، لأن مثل هذه الصناعات يتعب الرجل فى تعلمها ليكتسب بها ، ويخفف

عن نفسه كثرة العمل (فى رأيى لا فرق بين الصانع والطبيب ، لأن الطبيب بذل جهدا فى تعلم الطب ليكتسب به أيضا كالصانع ، ولولا دلالته على الدواء لكان أخطر) .الرابع : ما يقصد به المحبة وجلبها من قبل المهدى إليه لا لغرض معين ، بل لتأكيد الصحبة وتودد القلوب ، فهذا مندوب إليه عقلا وشرعا ، لحديث " تهادوا تحابوا " رواه البخارى فى الأدب المفرد ، والبيهقى ، قال الحافظ : إسناده حسن وضعفه ابن عدى كما قاله العراقى وحتى لو كانت المحبة لا تطلب لذات المحبة بل لما وراءها فان ما وراءها غير معلوم ، فتسمى هدية ويحل أخذها .الخامس : أن يطلب التقرب إلى قلبه ليتوصل بجاهه إلى أغراض لولا جاهه ما أهداه شيئا ، فإن كان جاهه لأجل علم أو نسب فالأمر فيه أخف ، وأخذه مكروه ، فإن فيه مشابهة الرشوة ولكنها هدية فى ظاهرها فإن كان جاهه بولاية تولاها من قضاء أو عمل أو ولاية صدقة أو جباية مال أو غيره من الأعمال السلطانية فهذه رشوة فى شكل هدية ، ولولا سلطانه ما أهدى إليه ، بدليل أنه لو عزل من سلطانه دفعت الهدية إلى من يخلفه ، وهذا متفق على كراهته الشديدة .لكن اختلفوا فى كونه حراما والمعنى فيه متعارضا ، لأنه دائر بين الهدية المحضة والرشوة المبذولة لغرض ، وإذا تعارضت المشابهة القياسية وعضدت الأخبار والآثار أحدهما تعين الميل إليه ، وقد دلت الأخبار على تشديد الأمر فى ذلك ، لحديث " يأتى على الناس زمان يستحل فيه السحت بالهدية والقتل بالموعظة ، يقتل البرئ لتوعظ به العامة" [قال العراقى : لم أقف له على أصل] وأورد حوادث منها : أن مسروق بن الأجدع [من التابعين] شفع شفاعة فأهدى له المشفوع له جارية ، فغضب وردها ، وسئل طاووس [من التابعين] عن هدايا السلطان فقال : سحت ، وأخذ عمر ربح مال القراض الذى أخذه ولداه من بيت المال وقال : إنما أعطيتما لمكانكما منى . وأهدت امرأة أبى عبيدة ابن الجراح إلي " ماتون " ملكة الروم خلوقا – طيبا – فكافأتها بجوهر ، فأخذه عمر فباعه وأعطاها ثمن الخلوق ورد باقيه لبيت المال ولما رد عمر بن عبد العزيز هدية قيل له : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ، فقال : كان ذلك له هدية ولنا رشوة " تاريخ السيوطى ص ١٥٧ " أى كان يتقرب به إليه لنبوته لا لولايته ، ثم ذكر الغزالى حديث ابن اللتبية الذى سبق ذكره . انتهى ملخصا .(ج) ومما يؤثر فى هذا الموضوع أن محمد بن مسلمة عندما أرسله عمر بن الخطاب ليشاطر عمرو بن العاص ماله امتنع عن الأكل عنده وعده رشوة " العقد الفريد لابن عبد ربه ج ١ ص ١٤ " .(د) وبعث النبى صلى الله عليه وسلم عبد الله بن رواحة إلى أهل خيبر ليقدر الزكاة الواجبة عليهم ، فأرادوا أن يرشوه فقال :تطعمونى السحت ؟ والله لقد جئتكم من عند أحب الناس إلى ،

ولأنتم أبغض إلى من عدتكم من القردة والخنازير ، ولا يحملنى بغضى لكم وحبى إياه ألا أعدل بينكم فقالوا : بهذا قامت السموات والأرض " زاد المعاد لابن القيم ج ١ ص ١١٩" .(هـ) وجاء فى تفسير القرطبى"ج ٦ ص ١٨٣ "عن عمر رضى الله عنه قوله : رشوة الحاكم سحت ، وعن النبى صلى الله عليه وسلم "كل لحم نبت بالسحت فالنار أولى به " قالوا : يا رسول الله وما السحت ؟ قال " الرشوة فى الحكم "(رواه ابن جرير عن عمر كما فى الجامع الكبير للسيوطى ولم يحكم عليه) وقيل لوهب بن منبه : الرشوة حرام فى كل شيء ؟ قال لا إنما يكره من الرشوة أن ترشى لتعطى ما ليس لك ، أو تدفع حقا قد لزمك ، فأما أن ترشى لتدفع عن دينك ومالك ودمك فليس بحرام ، قال أبو الليث السمرقندى الفقيه : وبهذا نأخذ ، لا بأس أن يدفع الرجل -عن نفسه وماله بالرشوة ، وهذا كما روى عن عبد الله بن مسعود أنه كان بالحبشة ، فرشا بدينارين وقال : إنما الإثم على القابض دون الدافع .(و) جاء فى فتاوى الإمام النووى المسماة بالمسائل المنثورة (ص ٨٥) ملحق مجلة الأزهر صفر ١٤١١ ما نصه :(١٩٢) مسألة : إذا كان الإنسان فى حبس السلطان أو غيره من المتعذرين حبس ظلما ، فبذل مالا لمن يتكلم فى خلاصه بجاهه أو بغيره هل يجوز ، وهل نص عليه أحد من العلماء ؟ " والجواب " نعم يجوز ، وصرح به جماعة منهم القاضى حسين فى أول باب الربا من تعليقه ، ونقله عن القفال المروزى قال : هذه جعالة مباحة ، قال : وليس هو من باب الرشوة ، بل هذا العوض حلال كسائر الجعالات .(ز) وجاء قى كتاب " مفيد العلوم ومبيد الهموم " للخوارزمى ص ١٦٢ بيان للفرق بين الهدية والرشوة بما لا يخرج عما قاله الإمام الغزالى فى الإحياء ، ثم قال أخيرا : متى كان هذا الفعل الحرام مثل الظلم وسماع بينة الزور وتقوية الظالم فكل ما يأخذه حرام ، وكذا إذا كان الفعل متعينا عليه مثل دفع الظالم وسماع بينة الحق فكل ما يأخذه سحت .(ح) وذكر ابن القيم فى كتابه " بدائع الفوائد "ج ٣ ص ١٩٥ :أن يحمى بن معين لما دخل مصر استقبلته هدايا أبى صالح كاتب الليث ، ومعها جارية ومائة دينار ، فقبلها ودخل مصر ، فلما تأمل حديثه قال لا تكتبوا عن أبى صالح ، ذكره الحاكم فى كتابه " الجامع لذكر أئمة الأمصار المزكين لرواة الأخبار " .(ط) جاء فى فتاوى ابن تيمية " المجلد ٣١ ص ٢٨٦ " أن ابن مسعود سئل عن السحت فقال هو أن تشفع لأخيك شفاعة فيهدى لك هدية فتقبلها ، فقال له : أرأيت إن كانت هدية فى باطل ؟ فقال : ذلك كفر﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك .هم الكافرون ﴾ .ثم قال ابن تيمية ما ملخصه : من أهدى هدية لولى أمر ليفعل معه ما لا يجوز : كان حراما على المهدى والمهدى إليه ، وهذه من الرشوة المنهى عنها ،

وتسمى البرطيل .فأما إذا أهدى له هدية ليكف ظلمه عنه أو ليعطيه حقه الواجب كانت حراما على الآخذ وجاز للدافع أن يدفعها إليه ، كما كان النبى صلى الله عليه وسلم يقول " إنى لأعطى أحدهم العطية فيخرج بها يتأبطها نارا " قيل : يا رسول الله فلم تعطيهم ؟ قال " يأبون إلا أن يسألونى ويأبى الله لى البخل " ." انظر فتوى شيخ الأزهر الشيخ جاد الحق على جاد الحق . فى مجلة الأزهر عدد ربيع الأول ١٤١٣ سبتمبر ١٩٩٢ " .٣- والرشوة فى النوع الثانى رأى جماعة حرمتها لعموم الخبر الذى جاء فيه لعن الراشى والمرتشى والرائش ، ونقله الشوكانى عن الإمام المهدى ، لكن قال آخرون ، وهو قول معقول ، : إن كان هذا الأمر فى يد من لا سلطان له ، وسيبذل جهدا متبرعا به غير واجب عليه ، فإعطاء شىء فى مقابل ذلك .حلال لا بأس به ، وأخذ هذا الوسيط له لا بأس به أيضا ،. فهو من باب الجعالة ، أى جعل عوض معلوم على عمل غير معلوم تفصيلا وإن كان معلوما إجمالا ، كمن يقول : من رد لى الشىء الضائع منى فله كذا ، ومن بحث لى عن عمل طيب فله كذا أما إذا كان هذا الأمر فى يد من له ولاية عليه ، كرئيس مصلحة ينجز للشخص عملا هو من حقه ، وتحت سلطان هذا الرئيس ، فإن إعطاء شىء له لتسهيل الإجراءات للوصول إلى الحق جائز ، لكن أخذ الرئيس له حرام ، لأن المفروض أنه يؤدى واجبه المشروع بدون وساطة أو مقابل ورأى البعض أن إعطاءه حرام لأنه يساعده على الحرام .ومثل ذلك ما إذا كان ذو السلطان ظالما ويريد الإنسان أن يدفع ظلمه عنه فيعطيه شيئا فذلك لا بأس به ، وعلى الظالم الإثم فى أخذه .وكل ذلك إذا كان فيه اتفاق سابق على العمل فى مقابل الرشوة ، أما إذا لم يكن اتفاق مشروط أو معروف عرفا ، وبعد إنجاز المهمة المشروعة أعطاه صاحب الحاجة شيئا فلا حرمة فيه .ثم قال العلماء : إن للقاضى حكما فى هذا الموضوع غير ما يكون للسلطة التنفيذية و يريدون بذلك المحافظة على نزاهة القاضى وعدم تأثره بأى شىء يجعله يميل فى الحكم ، فيمنعون عنه كل ما فيه شبهة فقالوا : إذا كانت للمهدى قضية عند القاضى فلا يجوز مطلقا أن يقبلها القاضى ، سواء أكانت هناك مهاداة سابقة بين الطرفين أم لا ، أما إذا لم تكن هناك قضية وأراد أن يهديه . هدية ، فإن لم تكن هناك مهاداة سابقة فلا يجوز للقاضى أخذها ، لأن الداعى لها هو توليه القضاء ، رجاء أن يكون فى صفه إذا عرضت أمامه قضية تخصه ، فإن كانت هناك مهاداة سابقة كان من الظاهر جواز دفعها وقبولها ، لكنهم قالوا أيضا من باب الاحتياط لنزاهة القاضى

: إن زادت الهدية عن المعتاد السابق كانت غير جائزة ، لأن زيادتها هى لغرض ، فإن لم تزد فلا حرج فيها." (١)

"المخاصمة فى الجهازF محمد خاطر .١٩ صفر ١٣٩٢ هجرية - ٣ أبريل ١٩٧٢ م M١- الأصل فى المهر أنه ملك للزوجة مهما كان عظيما، ولها وحدها ولاية التصرف فيه بما تريد .٢- لا تجبر الزوجة على تجهيز نفسها من مهرها، ولا يجبر أبوها على تجهيزها من مالها ولا من مال نفسه لأن الشيء لا يقابله عوضان .٣- لو دفع الزوج لوالد زوجته مبلغا زائدا عن المهر بقصد الجهاز ثم زفها إليه بلا جهاز خاصمه فيه على قدر العرف والعادة، أو طالبه برد ما دفعه زيادة على المهرQ من السيدة م م ط بطلب تضمن أنها تزوجت برجل بوكالة والدها الذى قبض معجل صداقها وقدره ألف جنيه، والتزم والدها بأن يقوم بجهازها، غير أنه لم يف بالتزامه هذا وتصرف فى معجل صداقها، ثم كتب على نفسه إقرارا التزم فيه بأن يقوم بجهازها خلال مدة حددها بإقراره، أو يقوم بدفع معجل صداقها الذى فى ذمته إليها نقدا، وأنه مازال يماطلها، فلا هو يجهزها ولا هو يدفع معجل صداقها، وأخيرا امتنع عن تجهيزها محتجا بأنه غير ملزم شرعا بجهازها، وأن زوجها هو وحده الملزم به شرعا، وطلبت السائلة الإفادة عمن هو ملزم شرعا بجهازها، أهو الأب أم الزوجAn الأصل فى المهر أنه ملك للزوجة مهما كان عظيما، فليس لأحد حق فى شيء منه، سواء فى ذلك الزوج أو الأب أو غيرهما، ولها وحدها ولاية التصرف فيه بما تريد من أنواع التصرف، وأن المعجل منه مقابل بنفس المرأة، حتى ملكت حبس نفسها لاستيفائه، ومن ثم لا تجبر الزوجة على تجهيز نفسها من مهرها، ولا يجبر أبوها على تجهيزها من مالها ولا من مال نفسه لأن الشيء لا يقابله عوضان، وليس على الزوجة إلا تسليم نفسها فى بيت الزوج، وعليه لها جميع ما يكفيها بحسب حالهما من أكل وشرب ولبس وفرش، ولا يلزمها أن تتمتع بما هو ملكها ولا أن تفرش له شيئا من فرشها .غاية الأمر أن الزوج لو كان قد دفع لأبيها مبلغا زائدا عن المهر بقصد الجهاز ولم يدرج على أنه من المهر، ثم زفها إليه بلا جهاز فللزوج أن يطالبه بالجهاز، ويخاصم فيه على قدر العرف والعادة أو يطالبه برد ما دفعه زيادة على المهر، لأنه هبة بشرط العوض فله الرجوع بها عند عدم العوض، إلا إذا سكت بعد الزفاف عن المطالبة مدة تكفى للدلالة

(١) فتاوى دار الإفتاء المصرية، ١٠/١٥٣

على الرضا وعدم الاعتراض، فإن ذلك المال يعتبر هبة غير مشروطة بشرط ولا يكون له بعد ذلك حق الاعتراض .ومما ذكر يعلم الجواب عن السؤال .والله سبحانه وتعالى أعلم." (١)

"الرشوةF عطية صقر .مايو ١٩٩٧Mالقرآن والسنةQ ما هو التحديد الشرعى للرشوة و ما حكمها ؟An الرشوة فعلها رشا يرشو ، وهى إما مصدر وإما اسم للشيء الذى يرشى به ، ويقال أيضا أرشاه يرشيه أى قدم له الرشوة ، فالفعل إما ثلاثى وإما رباعى " مختار الصحاح " .١ - قال ابن الأثير فى " النهاية " الرشوة ما يتوصل به إلى الحاجة بالمصانعة ، وأصله من الرشا الذى يتوصل به إلى الماء ، فالراشى من يعطى الذى يعينه على الباطل ، والمرتشى هو الآخذ ، والرائش هو الذى يسعى بينهما ، يستزيد لهذا ويستنقص لهذا ، فأما ما يعطى توصلا إلى أخذ حق أو دفع ظلم فغير داخل فيه ، يروى أن ابن مسعود أخذ بأرض الحبشة فى شيء ، فأعطى دينارين حتى خلى سبيله ، وروى عن جماعة من أئمة التابعين قالوا : لا بأس أن يصانع الرجل عن نفسه وماله إذا خاف الظلم .جاء فى تاج العروس وحاشية الطحطاوى على الدر "ج ٣ ص ١٧٧ " أن الرشوة فى الإصطلاح ما يعطى لإبطال حق أو لإحقاق باطل .وأرى أنها تطلق فى العرف الجارى على ما يدفع لنيل ما يصعب الحصول عليه ، وذلك إما لأنه ممنوع شرعا أو قانونا ، وإما لأنه غير ممنوع ولكن يحتاج إلى جهد للحصول عليه ، فالأول كالقضاء له بشيء لا يستحقه ، أو بظلم أحد لا يستحق الظلم ، والثانى كحصوله على حقه ويحتاج إلى دفع شيء للتعجيل به وعدم التسويف فيه أو محاولة منعه ، وكدفع ظلم عنه لا يمكن إلا بما يقدم لمن يستطيع دفع هذا الظلم .٢ - والرشوة فى النوع الأول حرام لأن الممنوع شرعا أو عقلا حرام ، وكل ما يوصل إلى الحرام فهو حرام ، سواء كان ذلك بين الأفراد بعضهم مع بعض ، أم بين الأفراد ومن بيدهم سلطان قضائى أو تنفيذى ، وذلك من أجل أن ينال هذا الشيء الحرام من الأول بالحكم ومن الثانى بالتنفيذ ، قال تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون ﴾ البقرة : ٥٨ ، وقال ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ النساء : ٢٩ .وورد فى السنة عن عبد الله بن عمرو قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشى والمرتشى . رواه أبو داود والترمذى ، وقال : حسن صحيح .وعن أبى هريرة قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشى والمرتشى و الرائش ، يعنى الذى يسعى بينهما ، رواه الترمذى وحسنه ، وابن حبان فى صحيحه والحاكم ، وجاء فى بعض الروايات : والمرتشى فى الحكم وفيه

---

(١) فتاوى الأزهر، ٢٩٥/١

حديث ابن اللتبية الذى كان يعمل لرسول الله صلى الله عليه وسلم على الصدقات ورجع بالصدقات وبهدايا ، فغضب الرسول وقال " هلا قعد فى بيت أبيه وأمه حتى تأتيه هديته " ؟ ونص الحديث : عن أبى حميد عبد الرحمن بن سعد الساعدى قال : استعمل النبى صلى الله عليه وسلم رجلا من الأزد يقال له " ابن اللتبية " على الصدقة ، فلما قدم قال هذا لكم وهذا اهدى إلى ، فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال " أما بعد ، فإنى أستعمل الرجل منكم على العمل مما ولانى الله فيأتى ويقول : هذا لكم وهذا هدية أهديت إلى ، أفلا جلس فى بيت أبيه وأمه حتى تأتيه هديته إن كان صادقا ، والله لا يأخذ أحد منكم شيئا بغير حقه إلا لقى الله تعالى يحمله يوم القيامة ، فلا أعرفن واحدا منكم لقى الله يحمل بعيرا له رغاء أو بقرة لها خوار ، أو شاة تيعر " ثم رفع يديه حتى رؤى بياض إبطيه فقال " اللهم هل بلغت " رواه البخارى ومسلم .٣- بعد هذا أنقل شيئا مما قاله العلماء فى موضوع الرشوة :(أ) جاء فى كتاب " الآداب الشرعية والمنح المرعية " لشمس الدين أبى عبد الله محمد بن مفلح المقدسى الحنبلى المتوفى بتاريخ ٢ من رجب سنة ٧٦٢ هـ عن الهدية ما ملخصه :حرم ابن تيمية الهدية فى كل شفاعة فيها إعانة على فعل واجب أو ترك محرم ، وفى شفاعة عند ولى أمر ليوليه ولاية أو يستخدمه فى المقاتلة وهو مستحق لذلك . أو ليعطيه من الموقوف على الفقراء أو القراء أو الفقهاء أو غيرهم وهو من أهل الاستحقاق ، وهذا هو المنقول عن السلف والأئمة الكبار ، وقد رخص بعض الفقهاء المتأخرين فى ذلك ، وجعل هذا من باب الجعالة ، يعنى الشافعية .قال : وهو مخالف للسنة وأقوال الصحابة والأئمة وهو غلط ، لأن مثل هذا من المصالح العامة التى يكون القيام بها فرض عين أو كفاية ، فيلزم من اخذ الجعل فيه ترك الحق ، والمنفعة ليست للباذل بل للناس ، وطلب الولاية منهى عنه فكيف بالعوض فهذا من بلب الفساد . انتهى كلامه .والخبر الذى احتج به هو : روى أبو داود فى سننه " باب الهدية للحاجة " ثم روى عن أبى أمامة مرفوعا للنبى صلى الله عليه وسلم " من شفع لأخيه شفاعة فأهدى له هدية فقد أتى بابا عظيما من أبواب الربا " ضعفه بعضهم [جاء فى بلوغ المرام " ص ١٧٧ " أن ابن حجر قال : فى إسناده مقال ، يعنى حديث ضعيف] لكن نص أحمد رضى الله عنه .على أنه لو قال : اقترض لى مائة ولك عشرة أنه يصح ، قال أصحابنا :لأنه جعالة على فعل مباح ، وقالوا : يجوز للإمام أن يبذل جعلا لمن يدل على ما فيه مصلحة للمسلمين ، وأن المجعول له لا يستحق الجعل ، مسلما كان أو كافرا ، و قاسو على أجرة الدليل [أى دليل النبى صلى الله عليه وسلم " فى الهجرة ، وكان كافرا] .(ب) والإمام الغزالى

فى كتابه إحياء علوم الدين "ج ٢ ص ١٣٦ طبعة عثمان خليفة " فصل الموضوع تفصيلا لا مزيد عليه فى الفرق بين الرشوة والهدية ، وسأحاول تلخيص ما قال فيما يأتى :باذل المال لا يبذله قط إلا لغرض ، ولكن الغرض إما اجل كالثواب وإما عاجل ، والعاجل إما مال وإما فعل وإعانة على مقصود معين ، وإما تقرب إلى قلب المهدى إليه بطلب محبته ، إما للمحبه فى عينها وإما للتوصل بالمحبة إلى غرض وراءها ، فالأقسام خمسة :الأول : ما غرضه الثواب فى الآخرة ، كأن يهدى لمحتاج أو عالم ، أو ذى نسب دينى أو صالح متدين ، فلا بأس ، وعلى هؤلاء ألا يأخذوا ذلك إلا إذا كان بهذه الصفة التى من أجلها أهدى الناس إليهم .الثانى : ما يقصد به فى العاجل غرض معين ، كالفقير الذى يهدى إلى الغنى طمعا فى غناه ، فهذه هبة بشرط الثواب لا يخفى حكمها ، وإنما تحل عند الوفاء بالثواب المطموع فيه .الثالث : أن يكون المراد إعانة بفعل معين . كالمحتاج إلى السلطان يهدى إلى وكيل السلطان وخاصته ومن له مكانة عنده ، فهذه هدية بشرط ثواب يعرف بقرينة الحال فينظر لهذا العمل الذى هو الثواب ، فان كان حراما ، بأخذ ما لا يستحق أو بظلم غيره حرم الأخذ ، وإن كان العمل الذى هو الثواب واجبا ، كدفع ظلم متعين على من يقدر عليه أو بشهادة متعينة فيحرم عليه ما يأخذه ، وهى الرشوة التى لا يشك فى تحريمها ، وإن كان مباحا لا واجبا ولا حراما وكان فيه تعب بحيث لو عرف لجاز الاستئجار عليه فما يأخذه حلال إن وفى بالغرض ، وهو كالجعالة ، مثل اقترح على فلان أن يعيننى فى غرض كذا أو ينعم على بكذا ، وكان ذلك يحتاج إلى كلام وجهد فهذه جعالة ، كما يأخذ الوكيل بالخصومة " المحامى " بين يدى للقاضى ، فليس بحرام إذا كان لا يسعى فى حرام ، أما إن كان مقصوده يحصل بكلمة لا تعب فيها ، ولكن تلك الكلمة أو كانت تلك الفعلة من ذى جاه تفيد ، كقوله للبواب :لا تغلق دونه باب السلطان ، وكوضعه قصته بين يدى السلطان فقط فهذا حرام ، لأنه عوض عن الجاه ولم يثبت فى الشرع جواز ذلك ، بل ثبت ما يدل على النهى عنه ، كما سيأتى فى هدايا الملوك ، ومثل ذلك أخذ الطبيب العوض على كلمة واحدة ينبه بها على دواء ينفرد بمعرفته ، فلا يذكره إلا بعوض ، فإن عمله وهو التلفظ غير متقوم ، كحبة من سمسم ، فلا يجوز أخذ العوض عليه ولا على علمه ، إذ ليس ينتقل علمه إلى غيره ، وإنما يحصل لغيره مثل علمه ويبقى هو عالما به ، وهذا غير الحاذق فى الصناعة ، كالذى يصقل السيف أو المرآة بدقة واحدة لحسن معرفته بموضع الخلل ولحذقه بإصابته ، فقد يزيد بدقة واحدة مال كثير فى قيمة السيف والمرآة ، فهذا لا أرى بأسا بأخذ الأجرة عليه ، لأن مثل هذه الصناعات يتعب الرجل فى تعلمها ليكتسب بها ، ويخفف

عن نفسه كثرة العمل (فى رأيى لا فرق بين الصانع والطبيب ، لأن الطبيب بذل جهدا فى تعلم الطب ليكتسب به أيضا كالصانع ، ولولا دلالته على الدواء لكان أخطر) .الرابع : ما يقصد به المحبة وجلبها من قبل المهدى إليه لا لغرض معين ، بل لتأكيد الصحبة وتودد القلوب ، فهذا مندوب إليه عقلا وشرعا ، لحديث " تهادوا تحابوا " رواه البخارى فى الأدب المفرد ، والبيهقى ، قال الحافظ : إسناده حسن وضعفه ابن عدى كما قاله العراقى وحتى لو كانت المحبة لا تطلب لذات المحبة بل لما وراءها فان ما وراءها غير معلوم ، فتسمى هدية ويحل أخذها .الخامس : أن يطلب التقرب إلى قلبه ليتوصل بجاهه إلى أغراض لولا جاهه ما أهداه شيئا ، فإن كان جاهه لأجل علم أو نسب فالأمر فيه أخف ، وأخذه مكروه ، فإن فيه مشابهة الرشوة ولكنها هدية فى ظاهرها فإن كان جاهه بولاية تولاها من قضاء أو عمل أو ولاية صدقة أو جباية مال أو غيره من الأعمال السلطانية فهذه رشوة فى شكل هدية ، ولولا سلطانه ما أهدى إليه ، بدليل أنه لو عزل من سلطانه دفعت الهدية إلى من يخلفه ، وهذا متفق على كراهته الشديدة .لكن اختلفوا فى كونه حراما والمعنى فيه متعارضا ، لأنه دائر بين الهدية المحضة والرشوة المبذولة لغرض ، وإذا تعارضت المشابهة القياسية وعضدت الأخبار والآثار أحدهما تعين الميل إليه ، وقد دلت الأخبار على تشديد الأمر فى ذلك ، لحديث " يأتى على الناس زمان يستحل فيه السحت بالهدية والقتل بالموعظة ، يقتل البرئ لتوعظ به العامة" [قال العراقى : لم أقف له على أصل] وأورد حوادث منها : أن مسروق بن الأجدع [من التابعين] شفع شفاعة فأهدى له المشفوع له جارية ، فغضب وردها ، وسئل طاووس [من التابعين] عن هدايا السلطان فقال : سحت ، وأخذ عمر ربح مال القراض الذى أخذه ولداه من بيت المال وقال : إنما أعطيتما لمكانكما منى . وأهدت امرأة أبى عبيدة ابن الجراح إلي " ماتون " ملكة الروم خلوقا – طيبا – فكافأتها بجوهر ، فأخذه عمر فباعه وأعطاها ثمن الخلوق ورد باقيه لبيت المال ولما رد عمر بن عبد العزيز هدية قيل له : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ، فقال : كان ذلك له هدية ولنا رشوة " تاريخ السيوطى ص ١٥٧ " أى كان يتقرب به إليه لنبوته لا لولايته ، ثم ذكر الغزالى حديث ابن اللتبية الذى سبق ذكره . انتهى ملخصا .(ج) ومما يؤثر فى هذا الموضوع أن محمد بن مسلمة عندما أرسله عمر بن الخطاب ليشاطر عمرو بن العاص ماله امتنع عن الأكل عنده وعده رشوة " العقد الفريد لابن عبد ربه ج ١ ص ١٤ " .(د) وبعث النبى صلى الله عليه وسلم عبد الله بن رواحة إلى أهل خيبر ليقدر الزكاة الواجبة عليهم ، فأرادوا أن يرشوه فقال :تطعمونى السحت ؟ والله لقد جئتكم من عند أحب الناس إلى ،

ولأنتم أبغض إلى من عدتكم من القردة والخنازير ، ولا يحملنى بغضى لكم وحبى إياه ألا أعدل بينكم فقالوا : بهذا قامت السموات والأرض " زاد المعاد لابن القيم ج ١ ص ١١٩" .(هـ) وجاء فى تفسير القرطبى"ج ٦ ص ١٨٣ "عن عمر رضى الله عنه قوله : رشوة الحاكم سحت ، وعن النبى صلى الله عليه وسلم "كل لحم نبت بالسحت فالنار أولى به " قالوا : يا رسول الله وما السحت ؟ قال " الرشوة فى الحكم "(رواه ابن جرير عن عمر كما فى الجامع الكبير للسيوطى ولم يحكم عليه) وقيل لوهب بن منبه : الرشوة حرام فى كل شيء ؟ قال لا إنما يكره من الرشوة أن ترشى لتعطى ما ليس لك ، أو تدفع حقا قد لزمك ، فأما أن ترشى لتدفع عن دينك ومالك ودمك فليس بحرام ، قال أبو الليث السمرقندى الفقيه : وبهذا نأخذ ، لا بأس أن يدفع الرجل -عن نفسه وماله بالرشوة ، وهذا كما روى عن عبد الله بن مسعود أنه كان بالحبشة ، فرشا بدينارين وقال : إنما الإثم على القابض دون الدافع .(و) جاء فى فتاوى الإمام النووى المسماة بالمسائل المنثورة (ص ٨٥) ملحق مجلة الأزهر صفر ١٤١١ ما نصه :(١٩٢) مسألة : إذا كان الإنسان فى حبس السلطان أو غيره من المتعذرين حبس ظلما ، فبذل مالا لمن يتكلم فى خلاصه بجاهه أو بغيره هل يجوز ، وهل نص عليه أحد من العلماء ؟ " والجواب " نعم يجوز ، وصرح به جماعة منهم القاضى حسين فى أول باب الربا من تعليقه ، ونقله عن القفال المروزى قال : هذه جعالة مباحة ، قال : وليس هو من باب الرشوة ، بل هذا العوض حلال كسائر الجعالات .(ز) وجاء قى كتاب " مفيد العلوم ومبيد الهموم " للخوارزمى ص ١٦٢ بيان للفرق بين الهدية والرشوة بما لا يخرج عما قاله الإمام الغزالى فى الإحياء ، ثم قال أخيرا : متى كان هذا الفعل الحرام مثل الظلم وسماع بينة الزور وتقوية الظالم فكل ما يأخذه حرام ، وكذا إذا كان الفعل متعينا عليه مثل دفع الظالم وسماع بينة الحق فكل ما يأخذه سحت .(ح) وذكر ابن القيم فى كتابه " بدائع الفوائد "ج ٣ ص ١٩٥ :أن يحمى بن معين لما دخل مصر استقبلته هدايا أبى صالح كاتب الليث ، ومعها جارية ومائة دينار ، فقبلها ودخل مصر ، فلما تأمل حديثه قال لا تكتبوا عن أبى صالح ، ذكره الحاكم فى كتابه " الجامع لذكر أئمة الأمصار المزكين لرواة الأخبار " .(ط) جاء فى فتاوى ابن تيمية " المجلد ٣١ ص ٢٨٦ " أن ابن مسعود سئل عن السحت فقال هو أن تشفع لأخيك شفاعة فيهدى لك هدية فتقبلها ، فقال له : أرأيت إن كانت هدية فى باطل ؟ فقال : ذلك كفر﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك .هم الكافرون ﴾ .ثم قال ابن تيمية ما ملخصه : من أهدى هدية لولى أمر ليفعل معه ما لا يجوز : كان حراما على المهدى والمهدى إليه ، وهذه من الرشوة المنهى عنها ،

وتسمى البرطيل .فأما إذا أهدى له هدية ليكف ظلمه عنه أو ليعطيه حقه الواجب كانت حراما على الآخذ وجاز للدافع أن يدفعها إليه ، كما كان النبى صلى الله عليه وسلم يقول " إنى لأعطى أحدهم العطية فيخرج بها يتأبطها نارا " قيل : يا رسول الله فلم تعطيهم ؟ قال " يأبون إلا أن يسألونى ويأبى الله لى البخل " ." انظر فتوى شيخ الأزهر الشيخ جاد الحق على جاد الحق . فى مجلة الأزهر عدد ربيع الأول ١٤١٣ سبتمبر ١٩٩٢ " .٣- والرشوة فى النوع الثانى رأى جماعة حرمتها لعموم الخبر الذى جاء فيه لعن الراشى والمرتشى والرائش ، ونقله الشوكانى عن الإمام المهدى ، لكن قال آخرون ، وهو قول معقول ، : إن كان هذا الأمر فى يد من لا سلطان له ، وسيبذل جهدا متبرعا به غير واجب عليه ، فإعطاء شىء فى مقابل ذلك .حلال لا بأس به ، وأخذ هذا الوسيط له لا بأس به أيضا .، فهو من باب الجعالة ، أى جعل عوض معلوم على عمل غير معلوم تفصيلا وإن كان معلوما إجمالا ، كمن يقول : من رد لى الشىء الضائع منى فله كذا ، ومن بحث لى عن عمل طيب فله كذا أما إذا كان هذا الأمر فى يد من له ولاية عليه ، كرئيس مصلحة ينجز للشخص عملا هو من حقه ، وتحت سلطان هذا الرئيس ، فإن إعطاء شىء له لتسهيل الإجراءات للوصول إلى الحق جائز ، لكن أخذ الرئيس له حرام ، لأن المفروض أنه يؤدى واجبه المشروع بدون وساطة أو مقابل ورأى البعض أن إعطاءه حرام لأنه يساعده على الحرام .ومثل ذلك ما إذا كان ذو السلطان ظالما ويريد الإنسان أن يدفع ظلمه عنه فيعطيه شيئا فذلك لا بأس به ، وعلى الظالم الإثم فى أخذه .وكل ذلك إذا كان فيه اتفاق سابق على العمل فى مقابل الرشوة ، أما إذا لم يكن اتفاق مشروط أو معروف عرفا ، وبعد إنجاز المهمة المشروعة أعطاه صاحب الحاجة شيئا فلا حرمة فيه .ثم قال العلماء : إن للقاضى حكما فى هذا الموضوع غير ما يكون للسلطة التنفيذية و يريدون بذلك المحافظة على نزاهة القاضى وعدم تأثره بأى شىء يجعله يميل فى الحكم ، فيمنعون عنه كل ما فيه شبهة فقالوا : إذا كانت للمهدى قضية عند القاضى فلا يجوز مطلقا أن يقبلها القاضى ، سواء أكانت هناك مهاداة سابقة بين الطرفين أم لا ، أما إذا لم تكن هناك قضية وأراد أن يهديه . هدية ، فإن لم تكن هناك مهاداة سابقة فلا يجوز للقاضى أخذها ، لأن الداعى لها هو توليه القضاء ، رجاء أن يكون فى صفه إذا عرضت أمامه قضية تخصه ، فإن كانت هناك مهاداة سابقة كان من الظاهر جواز دفعها وقبولها ، لكنهم قالوا أيضا من باب الاحتياط لنزاهة القاضى

: إن زادت الهدية عن المعتاد السابق كانت غير جائزة ، لأن زيادتها هى لغرض ، فإن لم تزد فلا حرج فيها." (١)

"الزوج لا يقع الطلاق يتوهم أنها مسألتنا هذه وليست كذلك فإن المراد بهذه المسطورة أن ينوي الزوج الطلاق بكتابة الأجنبي على نحو ما ينويه بكتابة نفسه ولهذا اشبهوها بما لو قال لأجنبي قل لأمرأتي أنت بائن فقاله ونوى الزوج وفي مسألتنا إنما نوى الطلاق بقوله اكتب الطلاق لا بفعل الكتابة والله أعلم٣٩٣ مسألة رجل قال لزوجته إن وهبتني مهرك فأنا أطلقك فقالت إن الله قد وهبك فقال لها أنت طالق ثلاثا فهل يقع الطلاق أم لاأجاب رضي الله عنه يقع الطلاق الثلاث ويبرأ الزوج من المهر إن كانت أرادت باللفظ المذكور ذلك وإن لم ترده فلا يبرأ فإن انضم إلى عدم إرادتها إرادة الزوج إيقاع الطلاق في مقابلته فلا يقع حينئذ والله أعلموشرحه أما وقوع الطلاق فالظاهر أنه طلاق أتى به مجازا ليس بخلع لأنه ليس فيما جرى من اللفظ تعليق الهبة بالطلاق ولا لفظ المعاوضة والمقابلة بينهما وأيضا فلو أرادت التعليق أني قد وهبتك إن طلقتني فعلى ما في الوسيط لا يصح الخلع لأن تعليق الإبراء والهبة لا يصح وطلاق الزوج طبعا في حصول ذلك له من غير لفظ صحيح لا يوجب التزامها عوضا غير أنه قد أفتى في فتاويه بخلاف هذا وهو الصحيح فإن التعليق في هذا الباب معاوضة صحيحة وعلى هذا فيحتمل إن يكون هذا خلعا ثم يكون صحيحا على تقدير أن يكون مرادها قد وهبتك المهر إن طلقتني وقد أجابها فقال أنت طالق فتم الخلع وهذا على هذا التقدير هو الظاهر من حيث قرينة الحال وعلى هذين التقديرين فيبرأ الزوج من المهر بناء على أن هبة الصداق وإن كان دينا صحيحا وإن لم ترد الهبة أصلا أو أرادتها ولكنفتاوى ابن الصلاح ج:٢ ص:٤٤٢أرادت غير ما أراده الزوج من المهر فلا يبرأ الزوج من المهر وينظر في الطلاق فإن كان الزوج أوقعه مجازا فهو واقع وإن أوقعه على ما لم ترده هي في الصورتين معا فلا يقع لأنه لم يوقعه إلا على ذلك ولم يقبل والله أعلم." (٢)

"والذي أرى في هذه المسألة الآن بنظرة عجلى . وأنا في غمرة أعمال الامتحانات الجامعية؛ التي لا أملك فيها وقتا للتعمق في التمحيص، ولا أستطيع أن أجيبك إلا من كتاب الذاكرة دون الرجوع إلى شيء من المراجع . هو ما يلي:أ) من الوجهة القانونية: يعتبر هذا التصرف صحيحا نافذا، سواء أعتبر بيعا مشروطا

---

(١) فتاوى الأزهر، ١٥٣/١٠

(٢) فتاوى ابن الصلاح، ٣٢/٢

فيه الاحتفاظ بالمنافع مدى حياة البائع نظرا لصورته، أم اعتبر من قبيل **الهبة المشروط** فيها ذلك نظرا لقصد العاقدين، ولا يمكن اعتباره من قبيل الوصية المضافة إلى ما بعد الموت لأن المادة / ٨٧٨ / من القانون المدني خصت هذا الاعتبار بما إذا كان مثل هذا البيع بهذا الشرط صادرا من البائع لأحد ورثته.ب) أما حكم هذا العقد في فقه الشريعة الإسلامية فهو موضوع كثير التعقيد، يحتاج إلى بحث طويل؛ من حيث إنه هل يعتبر هذا بيعا صحيحا أو فاسدا في المذهب الحنفي؟ وهل يعتبر صحيحا أو باطلا في مذهب غير الحنفية الذين لا يقولون بنظرية الفساد؟وإذا قيل بفساده عند الحنفية فما هو سبب فساده؟ هل هو لاشتراط منفعة أحد العاقدين أو لجهالة أجل هذه المنفعة؟ وهل كون أجل هذه المنفعة مدى حياة البائع يجعلها جهالة فاحشة؛ مما تؤدي إلى نزاع مشكل كبيع شاة من قطيع دون تعيينها؟ أو هي جهالة محدودة ملحقة بالمعلوم، لأنها لا تؤدي إلى نزاع مشكل ما دامت الحجة معها قائمة من أحد الطرفين على الآخر، كبيع ما في صندوق مجهول المضمون حيث نصوا على جوازه وصحته؟ثم عند غير الحنفية كالحنابلة الذين يجيزون اشتراط منفعة في المبيع للبائع مدة معلومة، هل يعتبر مدة حياة البائع أيضا ملحقا بالمعلوم، كما رآه بعض السادة المفتين، أو ملحقا بالمجهول جهالة فاحشة، كما يراه آخرون ممن أفتوا في هذا الموضوع؟ هذا كله بالنظر إلى صورة العقد.." (١)

"وفي الحالة الثانية (حالة شرائه هو الثلثين وتسجيلهما باسمها) يكون الموهوب هو هذه الحصة من الدار المشتراة. والهبة لا تتم إلا بالقبض، أي: بتسليم الموهوب إلى الموهوب له، وقد حصل هذا التسليم في الحالتين: ففي الحالة الأولى قد تم تسليم المبلغ الموهوب بدفعه إلى البنت الموهوب لها. وفي الحالة الثانية قد تم تسليم الحصة العقارية الموهوبة (وهي الثلثان) بتسجيلها على ملكيتها، فإن تسجيل العقار في السجل العقاري هو تسليم كامل؛ لأنه هو المعتبر في نقل الملكيات وسائر الحقوق العينية العقارية. وهذه هي فتواي ورأيي الشرعي منذ القديم بشأن نظام التسجيل العقاري الحديث ومفعوله بالنظر الشرعي، وهو مشروح بالتفصيل في مؤلفاتي، وهو الاجتهاد المستقر في محكمة النقض أن التسجيل تسليم.وعلى هذا تكون الهبة تامة في جميع الاحتمالات في هذه القضية، سواء أكان الأب قد سلمها مبلغا، أو اشترى حصته من الدار، وسجلها باسمها.هذا، وإن الهبة قد تكون مطلقة، وقد تكون بشرط عوض، وكل ذلك جائز شرعا، وهي في هذه الحادثة **هبة بشرط** عوض، والعوض هنا هو منفعة الدار للأب مدى حياته، وقد

---

(١) فتاوى الزرقا، ٢/٨٣

تم وفاء العوض بقبضه أجرة الدار كلها إلى حين وفاته، فليس لأحد بعد ذلك من الورثة الآخرين تجاه البنت المذكورة أي حق أو مطلب في عين الدار أو ثمنها، وليس عليها شرعا ولا قانونا أن تتنازل لهم عن شيء من حصتها الإرثية في تركة والدها، بل تستقل هي بالدار ملكا ومنفعة بعد وفاة والدها، وتشاركهم في التركة إرثا بحصتها الشرعية. والله سبحانه وتعالى أعلم.كلية الشريعة . الجامعة الأردنية٢ رجب ١٣٩٤هـ.٢١/٧/١٩٧٤م.." (١)

"فالجواب: قد علمت أن قلب الدين على المعسر لا يجوز؛ لأنه إنما قلبه عليه لعجزه عن الوفاء فكأنه حيلة، فإن كان هذا المسؤول عنه مليئا ولم يكن المسلم شرط عليه الوفاء بها، فإذا قبضها البائع وذهب بها إلى بيته قدر اليومين أو الثلاثة وتملكها تملكا تاما بحيث يتصرف فيها بما شاء فلا بأس أن يوفيه بها عما في ذمته له من الدراهم وكونها قرضا لا يضر، وأما إن كان أخذها من أمانته بغير إذن صاحبها فإنه لا يصح.اللهم إلا أن يعلم منه الرضا بذلك.هذا ما ظهر لنا.والله أعلم.السابعة: رجل له أرض فقال من أراد أن يبني له فيها دارا يسكنها هو وأولاده ويكريها إن احتاج؛ فإذا أراد الانتقال عنها فليأخذ خشبه وأبوابه ولا يبيع ولتعد إلى أرضي فجاء إنسان فبنى في أرضه المذكورة فأخبر بعضهم بذلك الشرط، وبعضهم سكت عنه مستكفيا بما قال أولا فبنا فيها أناس كثير وسكنوا فيها مدة من الدهر وتصرفوا بنحو رهن وكراء ، وبعضهم منذ عشرين سنة وبعضهم منذ عشر سنين، وبعضهم منذ خمس سنين، ثم بعد ذلك مات رب الأرض الذي أذن في سكناها، فهل يكون إذنه في عمارتها والسكنى فيها هبة لا رجوع فيها أو **هبة بشرط** الرجوع؟ ومع عدمه لا ترجع أو ملحقة بالعارية فإن قلتم: ترجع على ربها فإذا قال ساكنها: أعطني قيمة الخشب والأبواب وأتركها لك فأبى صاحب الأرض دفع القيمة، فهل يلزم به؛ لأنه أذن له في إشغال ملكه بالخشب والأبواب التي في ملكه أو يؤمر بقلعه؟فالجواب: أن هذه فيما يظهر من سؤالكم ملحقة بالعارية، ونحن نذكر لك كلام صاحب الشرح الكبير في أول باب العارية ملخصا حتى يتبين لك الصواب.قال فيه:." (٢)

"وهو ما ذهب إليه : الأحناف والشافعية وزيد والمؤيد بالله وجمهور الفقهاء والشوكاني.السمسرةالسمسرة : هي التوسط بين البائع والمشتري لتسهيل البيع ، وهي شيء مقصود للناس فى حياتهم وكثيرا ما يحتاجون إليه فكم من أناس لا يعرفون طرق المساومة فى البيع والشراء ولا يعرفون طرق

---

(١) فتاوى الزرقا، ٢/٩٧

(٢) مجموعة الرسائل والمسائل النجدية، ١/٤٤٨

الوصول إلى شراء أو بيع ما يريدون شراءه أو بيعه وكم من أناس لا تسمح مراكزهم بالنزول إلى الأسواق والاتصال بالبائعين والمشترين ولا يجدون من يقوم لهم بالبيع والشراء حسبة لوجه الله.ومن هنا كانت السمسرة عملا شرعيا نافعا للبائع والمشتري والسمسار يحتاج إليه ككل عمل آخر يحتاج إليه الناس وينفعهم وليس فيه ما يوجب التحريم.السمسرة إجارة شرعية تخضع للاتفاق أو العرف:غير أنه يجب على السمسار ليكون ما يأخذه حلالا ، الإخلاص فى التوسط، والبعد عن التغرير والتدليس مما يحرم عليه كسبه وأجرته وبذلك كان الاستئجار عليها إجارة شرعية صحيحة منتفعة معلومة ، أجرة معلومة ، وعمل له قيمته بين الناس وطريق للكسب لا شبهة فيه ، فكيف تحرم ولا تحل؟ وعلى هذا فإن تعاقد إنسان مع آخر ليبيع له أو ليشتري واتفقا على أجر معين أو لم يتفقا على الأجر ولكن كان ببلد للتعامل عرف عام يحدد أجرة السمسرة ، صح العقد ولزم الأجر المتفق عليه أو المقرر بحكم العرف.بيع المكره :العاقد مختار فى بيع متاعه ، فإذا أكره على بيع ماله بغير حق فإن البيع لا ينعقد.قال الله تعالى: (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)(النساء: من الآية٢٩)التجارة : كل عقد يقصد به الربح مثل عقد البيع وعقد لإجازة وعقد الهبة بشرط العوض.عن أبي سعيد الخدري قال:قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : "إنما البيع عن تراض".(ص ه٢١٨٥)عن ابن عباس قال، قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : "إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه". (ص ه٢٠٤٥)." [1]

"النقطة التي اعترض عليها عطا السيد قد تكون مقبولة شرعا أكثر من الوعد . تعليق الهبة جائز عند الشافعية والمالكية ، الحنفية هم الذين منعوا هذا . عقود التمليكات كلما قالوا : لا يصح ، تعليقه على أن ابن تيمية أجاز تعليق جميع العقود حتى عقود التمليكات فكون أن أقول لشخص : إن حصل هذا فقد وهبتك هذه المعدات ، هذا شيء مقبول شرعا عند الأئمة ، يعني لا خلاف في هذا . ومع ذلك إذا رؤي أن يحذف هذا وقبل الطرف المستفيد من غير أن ينص عليه في العقد فالبنك في سعة يستطيع بعد أن ينتهي عقد الإجارة أن يقول له : وهبتك هذه المعدات .ولذلك أنا لا مانع عندي من الحذف مع اعتقادي الجازم بأن هذا المبدأ سليم من الناحية الشرعية .الشيخ المختار السلامي :القضية قبل العقود لما عرضت علينا كان فيها وعد بالبيع إثر انتهاء الإيجار وهذا الوعد بالبيع قلنا لا يصح واعترضنا عليه وقلنا والهبة أفضل .الرئيس :يا مشايخ .. أرجو أن تبتوا في الموضوع لنمشي لأن عندنا جلسة مفتوحة وعندنا الذي يريد أن

---

(١) مختصر القنديل في فقه الدليل، ص/٥

يسافر ، يعني يحذف الرابع أو لا ؟الشيخ عبد السلام العبادي :يبقى في صدره ويحذف الصدر الثاني " كما أن تعليقها " .الرئيس :المهم من هم الذين يرون إقرار عقد الإجارة بمبادئه الستة بحذف الجزء الأخير واحد ، اثنين ، ثلاثة ، أربعة ، خمسة ، ستة ، سبعة ... خلاص يكفي . الله في عوننا وإياكمالشيخ عبد السلام العبادي :عمليات البيع بالأجل مع تقسيط الثمن .الشيخ أحمد بازيع الياسين :اسمح لي طال عمرك إن خدمات القروض لم نناقشها .الشيخ عبد السلام العبادي :يا سيدي ما دامت فعلية . انتهى ما فيه مشكلة ما دام فقط .....____________." (١)

"الفصل السابعالبيعمبحثفي تعريف البيع وشروطهتعريف البيع لغة:مبادلة مال بمال، أو مطلق المبادلة، أي سواء كان في مال أو غيره (١) .تعريف البيع اصطلاحا:عرفه الحنفية : بأنه مبادلة مال بمال، بالتراضي (٢) ، وعرفه منلا خسرو من الحنفية بأنه : مبادلة مال بمال بطريق الاكتساب أي التجارة، فخرج به المبادلة بطريق التبرع أو **الهبة بشرط** العوض، ولم يقل على سبيل التراضي، ليتناول بيع المكره، فإنه بيع منعقد وإن لم يلزم (٣) . وعرفه الموصلي بتعريف أجمع وأحق فقال : هو مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكا وتملكا، ثم قال : فإن وجد تمليك المال بالمنافع فهو إجارة أو نكاح (٤) .وعرف المالكية بأنه : عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة، ذو مكايسة أحد عوضية غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه (٥) . فقوله : (على غير)، أي على ذوات غير منافع. و(غير تمتع)، أي انتفاع بلذة، فتخرج الإجارة والكراء والنكاح و(ذو مكايسة) وهي المغالبة وخرج بها هبة الثواب، وقوله : (أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة) خرج به الصرف والمراطلة فإنه ليس أحد العوضين فيهما غير ذهب ولا فضة بل العوضان ذهب أو فضة في المراطلة، أو أحدهما ذهب والآخر فضة في الصرف. وقوله : (معين غير العين فيه) خرج السلم ، فإن غير العين فيه ليس معينا، بل في الذمة، والمراد بالعين ما ليس في الذمة فيشمل الغائب، فبيع الغائب ليس سلما (٦) .وعرفه الشافعية بما عرفه القيلوبي وهو أفضل تعاريفهم : "عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد لا على وجه القربة". فخرج بقوله : (عقد) المعاطاة، وبـ (المعاوضة) نحو الهدية، وبـ (المالية) نحو النكاح، وبـ (إفادة ملك عين) الإجارة ، و(بغير وجه القربة القرض). والمراد بالمنفعة في هذا التعريف بيع نحو حق الممر، وأما التقييد بالتأبيد فلإخراج الإجارة (٧) .وعرفه الحنابلة بـأنه : "مبادلة عين مالية أو منفعة مباحة مطلقا بأحدهما. أو بمال في الذمة للتملك على التأبيد غير ربا وقرض" (٨) .فقولهم : (مبادلة

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٤٩٦

عين مالية) مرادهم كل جسم أبيح نفعه واقتناؤه مطلقا فخرج الخنزير والخمر والميتة النجسة ... وقولهم : (منفعة مباحة مطلقا)، أي لا تختص إباحتها بحال دون آخر، كممر دار أو بقعة تحفر بئرا. وقولهم : (بأحدهما) أي عين مالية أو منفعة مباحة مطلقا، نحو بيع كتاب بكتاب أو بممر في دار أو العكس.وقولهم : (أو بمال في الذمة)، أي مبادلة عين مالية أو منفعة مباحة مطلقا بمال في الذمة من نقد وغيره. وقولهم : (للتملك) احتراز عن الإعارة. وقولهم (على التأبيد) أي بأن لم تقيد مبادلة المنفعة بمدة أو عمل فتخرج الإجارة (٩) .ـــــــــــــــ(١) لسان العرب مادة : بيع، والاختيار لتعليل المختار : ٣/٢.(٢) فتح القدير : ٤٥٥/٥.(٣) درر الحكام في شرح غرر الأحكام : ١٤٢/٢.(٤) الاختيار : ٣/٢.(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢/٣ والفواكه الدواني للشيخ أحمد غنيم النفراوي شرح رسالة أبي محمد القيرواني : ١٠٩/٢ – الطبعة الثالثة – مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٥م بمصر.(٦) حاشية الدسوقي في الشرح الكبير : ٣/٣ و٤.(٧) حاشية قليوبي : ١٥٢/٢.(٨) شرح منتهى الإرادات : ١٤٠/٢.(٩) شرح منتهى الإرادات : ١٤٠/٢.." [1]

"وهنا يثور تساؤل آخر وهو:هل يمكن أن يعتبر تمليك العين في نهاية المدة (في هذه الصورة) هبة للشخص الذي أدى الأقساط الإيجارية المحددة خلال المدة المتفق عليها؟قد أورد الفقهاء في باب الهبة :(هبة الثواب) . وأجازوها ولكنهم أعطوها حكم البيع:ومن أقوالهم ما أورده الحطاب (١) حيث قال: إذا قال (وإن أعطيتني ... دارك ... فقد التزمت لك بكذا ، أو فلك علي كذا ... فهذا من باب هبة الثواب ، وقد صرحوا بأنه إذا سمى فيها الثواب أنها جائزة ، ولم يوجد في ذلك خلافا ، وأنها حينئذ بيع من البيوع ، فيشترط في كل من الملتزم به والملتزم عليه ما يشترط في الثمن والمثمون من انتفاء الجهل والغرر – إلا ما يجوز في هبة الثواب– ويشترط فيه أيضا كون كل منهما طاهرا منتفعا به ، مقدورا على تسليمه ... وأن يكون كل من الملتزم والملتزم له مميزا ، ويشترط في لزوم ذلك أن يكون طائعا رشيدا) .ومثله ما أورده الموصلي (٢) **والهبة بشرط** العوض يراعى فيها حكم الهبة قبل القبض ، فلا يصح المشاع ، وحكم البيع بعده ، رعاية للفظ والمعنى ، (... ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو حكم الحاكم ...) .ومثله أورده الشربيني (٣) حيث قال: (ولو وهب شخصا شيئا بثواب معلوم عليه ، كوهبتك هذا على أن تثيبني كذا ، فالأظهر صحة هذا العقد ، نظرا للمعنى ، فإنه معاوضة بمال معلوم ، فصح كما لو قال بعتك – والثاني

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٠٣٧٨/٢

بطلانه نظرا إلى اللفظ لتناقضه ، فإن لفظ الهبة يقتضي التبرع- ويكون بيع على الصحيح نظرا إلى المعنى ، فعلى هذا تثبت فيه أحكام البيع ...) .ومثله أورده البهوتي (٤) حيث قال: (وإن شرط العاقد في الهبة عوضا معلوما ، فهي بيع لأنه تمليك بعوض معلوم ... فتثبت أحكامه ...) .وهنا يثور تساؤل آخر: هو هل يجوز أن يجعل عقد الهبة معلقا على شرط هو سداد جميع الأقساط التي اتفق على دفعها خلال هذه المدة؟أي أن تكون الهبة معلقة علي شرط هو (سداد جميع الأقساط الإيجارية خلال المدة المحددة ، وعدم الإخلال بما اشترط عليه فيها) وتكون الصيغة هي "إذا سددت إلى الأقساط المتفق عليها خلال هذه المدة (المتفق عليها) وهبتك هذه السلعة وقبل الطرف الآخر" فيكون عقد الهبة عقدا معلقا على شرط ، يجري عليه ما يجري على العقود المعلقة على شرط في الفقه الإسلامي.وللإجابة على ذلك أقول : إن **تعليق الهبة** على شرط في الفقه الإسلامي اختلف فيه الفقهاء إلى رأيين:الرأي الأول (٥) يرى عدم صحة تعليقها على الشرط (وهو رأي الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، والزيدية ، والإمامية).وذلك لأن عقود التمليكات تثبت آثارها في الحال ، فتعليقها على الشرط ينافي ما يقتضيه العقد ، فلا يصح لما فيه من معنى القمار ، والهبة عقد من هذه العقود ، إذ هي تقتضي التمليك في الحال ، ولم تبن على التغلب والسراية ، والتعليق ينافي هذا ، لأنه يعلق التمليك على حدوث أمر محتمل الوقوع في المستقبل ، فالأمر المعلق عليه قد يحدث وقد لا يحدث ، وهذا ينافي كون هذه العقود تقتضي التمليك في الحال فضلا عما يترتب عليه من غرر.الرأي الثاني: يرى جواز تعليقها على الشرط ، (وهو قول في مذهب الحنفية) أجاز تعليقها على الشرط الملائم أو المتعارف ، وهو رأي المالكية (٦) ، والظاهر في مذهب الإباضية.وقد رجحت في (نظرية الشرط) هذا الرأي لما يأتي:١- أن المتبرع متفضل ، والمتفضل يقبل تبرعه على الصورة التي أرادها ما دام لا يحل حراما ولا يحرم حلالا لقوله تعالى: ﴿ ما على المحسنين من سبيل ﴾ ، [الآية ٩١ من سورة التوبة].٢- أنه روي عن أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت: ((لما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال لها: إني قد أهديت للنجاشي حلة ، وأواقي من مسك ، ولا أرى النجاشي إلا قد مات ، ولا أرى هديتي إلا مردودة ، فإن ردت علي فهي لك ، قالت: وكان كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وردت هديته ، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك ، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة)) رواه أحمد ... وهو حديث لا يقل مرتبة عن الحسن ، لأن رجاله رجال الصحيح ،وقد علم من بعض روايات الحديث ما يفيد أن الذي علق رسول الله صلى الله عليه وسلم إعطاءه لأم سلمة هو الحلة ، وقد أعطاها

لها حينما تحقق الشرط ، وهو رد الهدية بعد موت النجاشي (٧) .وأيضا يثور تساءل آخر وأخير ، وهو هل يجوز أن يعد المؤجر المستأجر بأن يهبه السلعة في نهاية المدة التي حددت لعقد الإجارة ، وبعد سداد جميع الأقساط الإيجارية المتفق عليها خلال هذه المدة؟______________(١) الالتزامات ، للحطاب: ص ٢١١.(٢) الاختيار ، للموصلي: ١١٦/٢.(٣) مغني المحتاج: ٤٠٤/٢.(٤) الروض المربع: ص٢٤١.(٥) مغني المحتاج: ٣٦٩/٢؛ كشاف القناع: ٢٧٤/٢؛ التاج المذهب: ٣٠/٢(٦) الالتزامات ، للحطاب: ١٨٠/١؛ وشرح النيل: ١٠/٦؛ يراجع نظرية الشرط في الفقه الإسلامي: ص١٣٥.(٧) تحقيق ذلك والإفاضة فيه مبين بـ (نظرية الشرط) للمؤلف.." [١]

"المسألة الثالثة:أما المسألة الثالثة ، وهي الإجارة مع وعد بالتمليك بهبة أو بيع فهي مسألة يجب أن ينظر إليها من عدة وجوه أولها: هل هذه الإجارة إجارة جادة بمعنى أن الأقساط المدفوعة تناسب قدر الإيجار فتكون إجارة حقيقية مصحوبة بوعد ، ثانيا: وهل الوعد حصل في صلب العقد بحيث يؤثر على الثمن أو كان تطوعا بعد العقد ، وهل كان وعدا بالهبة أو وعدا بالبيع ؟كل هذه الأوجه تترتب عليها أحكام تخص كلا منها فلنبدأ بأقرب هذه الأوجه للصحة والقبول وهو أن يكون الطرفان قد عقدا بينهما إجارة وبعد العقد وعد البائع المشتري بأن يهبه تلك العين إذا هو وفى بأقساط الإيجار في وقته المحدد برغبته في الوفاء ، فهذه الصورة تعتبر وعدا بهبة ، وهو وعد ملزم على أصل مالك في الوعد المعلق على سبب على ما استظهره بعض الشيوخ من الخلاف في مسألة الإلزام بالوعد ، فمعلوم أن مذهب مالك فيه أربعة أقوال فيما يتعلق بالإلزام بالوعد ، القول الأول: أن الوعد لا يلزم به شيء ، وأن الوفاء به إنما هو من مكارم الأخلاق وفضائل الأعمال، وهذا موافق للمذاهب الأخرى ، (راجع المغني لابن قدامة في مسألة **تعليق الهبة**: ٦٥٨/٥) ، والقول الثاني: عن مالك ، هو معلوم هو لزوم الوعد الواقع مطلقا ، وهو كما رأيت مخالف للمذاهب الأخرى ، وقول بالتفصيل عن مالك بين الوعد الواقع على سبب فيلزم ، وقول رابع هو المشهور أنه إذا أدخل الموعود به في ورطة فإنه يلزم ، وقد أجمل صاحب المنهج هذه الأقوال الأربعة بقوله:هل يلزم الوفاء بالوعد نعم ؛ أولا نعم لسبب وإن لزم______________." [٢]

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٠٦١٤/٢

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٠٦٤١/٢

"أما القول بأن المعاملة المذكورة (أي اقتراض الحكومة عن طريق إصدار السندات) شبيهة بالعلاقة بين الأب وأبنائه ، فهو قياس مع الفارق. فإن كان للأبناء ذمة مالية مستقلة عن الأب ، فلا ريب في وقوع الربا بينها وهذا أمر واضح. فإن قلنا (جدلا) إن الذمة المالية للأب تحتوي الابناء (ولا أظن أحدا يقول بذلك) ، لم يعد للقرض معنى ابتداء ، إذ كيف يقترض الرجل من نفسه ثم يزيد عند السداد. ولا وجه للمقارنة بين العلاقتين المذكورتين (الدولة ورعاياها والأب وأبنائه) ، فإن الفرق بينهما أبين من أن نزيد في توضيحه. فإن قيل إن السند قرض حسن غرضه إرفاق المسلمين بحكومتهم وإن الزيادة فيه من قبيل الهبة والتبرع أو منحة تقدمها الحكومة لأبنائها لأن القرض جائز والتبرع جائز. رد على ذلك بالقول أن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني. فإن تبرع الحكومة المذكور ليس عاما لكل أبنائها ، وليس خاصا للفقراء والمحتاجين وذوي العوز والحاجة منهم بل هو أمر ترتب على فعل محدد هو القرض المتمثل بشراء السند المضمون ، فدل على أن هذه زيادة ربوية. فإن قيل إن الحكومة تعطي هذه الزيادة تشجيعا للادخار كالأب يشجع أبناءه على الادخار بأن يعطيهم مكافأة على سبيل الهبة رد على ذلك أولا أن التشجيع لم يقع على الادخار فإن للادخار أوجها كثيرة لا تعطي الحكومة عليها مكافآت فدل على أن غرضها ليس تشجيع الادخار ، ثم إن هذه هبة مشروطة بالعوض ، **والهبة المشروطة** بعوض هي عقد معاوضة والمعاوضة في القرض ربا . وحقيقة المعاملة أنها قرض فالزيادة فيه لا تجوز. أما القول بأن ما يدفع على السند هو ربح ناتج من مشروعات الحكومة فدون قبوله خرط القتاد. فمن وجه كيف تحقق الحكومة الربح وأكثر قرضها للنفقات الجارية ؟ فحصيلة هذه السندات إنما تصب في ميزانية الحكومة ولا تخصص لمشروع بعينه بمحاسبات مستقلة تكون مصدرا لما يدفع كعائد على تلك السندات. ثم لو كان ربحا ترتب على نشاط تجاري أو صناعي فكيف تضمن الحكومة في أول العقد أمرا لم يتحقق بعد ، وتحدد نسبته وهو لم يقع ؟ والسند مضمون القيمة الاسمية لحامله ، فيكف يستحق مالكه ربحا (إذا جاز تسميته الزيادة فيه ربحا) وهو لا يضمن المال إذا هلك ؟ وتحريم ربح ما لا يضمن معروف. ثم إن الحكومة ضامنة لرأس المال والزيادة عليه فلذلك قرض ربوي (وإن سمي بغير ذلك) حتى لو استخدم في مشاريع تدر الربح ودفع العائد من الربح المتحقق فإن الضمان المذكور يخرجه من صفة الشركة إلى الدين. والله أعلم. _______________." (١)

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٢٦١١/٢

"وقد شرح صاحب المحيط البرهاني هذه المسألة في كتابه القيم (المخطوط) شرحا رائعا حيث قال: (ثم كيف ينعقد معاقدة؟ نقول: ينعقد إجارة ابتداء، ويصير بيعا انتهاء متى سلم قبل التسليم فباعه، بدليل أنهم قالوا: بأن الصانع إذا مات قبل تسليم العمل بطل الاستصناع، ولا يستوفي المصنوع من تركته، ولو انعقد بيعا ابتداء وانتهاء ...، لم يبطل بموته كما في بيع العين ، والسلم ، وقال محمد: إن أتى به الصانع كان المستصنع بالخيار، لأنه اشترى شيئا لم يره، ولو انعقد إجارة ابتداء وانتهاء لم يكن له خيار الرؤية، كما في الخياط والصباغ، ولو كان ينعقد بيعا عند التسليم لا قبله بساعة لم يثبت خيار الرؤية، لأنه يكون مشتريا ما رآه، وخيار الرؤية لا يثبت في المشتري، فعلمنا أنه ينعقد إجارة ابتداء، وإن كان القياس يأباه، لأنه إجارة على عمل في ملك الآخر، ثم يصير بيعا انتهاء قبل التسليم بساعة وإن كان القياس يأبى أن تصير الإجارة بيعا لكنا تركنا القياس في الكل، لمكان التعامل، والمعنى في ذلك أن المستصنع طلب منه العمل والعين جميعا فلا بد من اعتبارهما جميعا. واعتبارهما جميعا في حالة واحدة متعذرة، لأن بين الإجارة والبيع تنافيا فجوزناها إجارة ابتداء، لأن عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الإجارة ويمنع انعقاد البيع فاعتبرناها إجارة ابتداء، وجعلناها بيعا قبل التسليم ... كما فعلنا هكذا في **الهبة بشرط** العوض، اعتبرناها تبرعا ابتداء عملا باللفظ، بيعا انتهاء عملا بالمعنى، ولذلك قلنا: لو مات قبل التسليم يبطل كالإجارة، ومتى سلم كان المستصنع بالخيار، لأنه اشترى ما لم يره) (١) .____________(١) المحيط البرهاني مخطوطة مكتبة الأوقاف العامة: ج ٢ ورقة ٥٧٥.." (١)

"وكذا لو عمل بعد العقد، وباعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز، ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز، وكذا محمد رحمه الله قال: (إذا جاء به مفروغا فللمستصنع الخيار لأنه اشترى ما لم يره سماه شراء، وأثبت فيه خيار الرؤية، وهو لا يثبت إلا في العين.ثم ردوا على ما قاله أبو سعيد البردعي من قوله: (إنه يبطل بموت أحدهما) فقالوا: إنما بطل بموت أحدهما، لأن للاستصناع شبها بالإجارة من حيث إن فيه طلب الصنع، فلشبهه بالإجارة قلنا يبطل بموت أحدهما. ولشبهه بالبيع ، وهو المقصود بالعقد أجرينا فيه ما ذكرنا من أحكام البيع.وقيل أن عقد الاستصناع ينعقد إجارة ابتداء وبيعا انتهاء قبيل التسليم، لأن البيع لا يبطل بموت أحدهما، بل يستوفى من تركته، والإجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا من أحكام البيع، فجمعنا بينهما على التعاقب لتعذر جمعهما في حالة واحدة، كما قلنا في **الهبة بشرط** العوض إنها هبة

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/١٤٠٣١

ابتداء بيع انتهاء، والمعنى فيه أن المستصنع طلب منه العين والدين، فاعتبرناهما جميعا، توفيرا على الأمرين حظهما.فإن قيل: إذا اعتبرتهم فيه معنى الإجارة ومعنى البيع وجب أن يجبر كل واحد منهما على المضي (في العقد) ولا يخير (كما سبق القول).قلنا: الإجارة تفسخ بالأعذار (عند الحنفية) وهذا عذر (لأن الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم، فباعتباره كان للصانع فسخه (منعا للضرر به).وكذا البيع يثبت فيه خيار الرؤية، فباعتباره يكون للمستصنع الفسخ، لأنه اشترى ما لم يره – على قول من قال بالتخيير – ولأن الجواز للضرورة فيظهر في حقه، ولا ضرورة في حق اللزوم، فلا يظهر في حقه (١) .____________(١) تبيين الحقائق: ١٢٤/٤." (١)

"القول الخامس:ما اختاره أئمة خوارزم، أنه إذا أطلق البيع ولكن وكل المشتري وكيلا يفسخ البيع إذا أحضر البائع الثمن، أو عهد على أنه إذا أوفاه فسخ البيع – والثمن لا يعادل المبيع وفيه غبن فاحش .أو وضع المشتري على أصل المال ربحا بأن وضع على مائة عشرين دينارا فرهن.وإن كان بلا وضع ربح بمثل الثمن، أو بغبن يسير فبات بشرط أن يعلم البائع بالغبن الفاحش.أما إذا ظن أنه ثمن عدل لكنه بالغبن الفاحش في الواقع.– فإذا ظن المعادلة وباع بالغبن الفاحش فبات لأنا إنما نجعله رهنا بظاهر حله أنه لا يقصد البات عالما بالغبن وليس بمعهود وضع الربح على الثمن في البات.واختار خاتم المجتهدين مولانا سيف الدين البعض أنه رهن (١) .القول السادس:ما اختاره البعض منهم الشيخ الإمام فخر الدين الزاهدي وبعض مشايخ سمرقند إذا كان الوفاء غير مشروط في البيع نجعله صحيحا في حق المشتري حتى يحل له الانتفاع بالمشترى كما يحل بسائر أملاكه ولا ضمان عليه ونجعله رهنا في حق البائع ، حتى لا يتمكن المشتري من بيعه ولا يورث عنه ولا يملك المشتري تحويل يده وملكه إلى غيره وأجبر على الرد إذا أحضر الدين لأنه كالزرافة مركب من البيع والرهن.وكثير من الأحكام له حكمان: كالهبة حال المرض، **والهبة بشرط** العوض.وجعلناه كذلك لحاجة الناس إليه فرارا من الربا ، فبلخ اعتادوا الدين والإجارة الطويلة ولا يمكن ذلك في الأشجار، فاضطروا إلى بيعها وفاء.وما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه.وعقب على هذا الرأي بالقول: والفتوى في زماننا على جوازه من هذا الوجه (٢) .____________(١) البزازية بهامش الهندية:

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٤١٠/١/٢

٤٠٧/٢.(٢) البزازية بهامش الهندية: ٤٠٩/٢؛ وجامع الفصولين: ٢٣٦/١؛ ومعين الحكام: ص١٤٣.." [١]

"بيع الوفاء عند الإماميةإعدادحجة الإسلام الشيخ محمد علي التسخيريعضو مجمع الفقه الإسلاميبسم الله الرحمن الرحيمبيع الوفاء هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه.ومن أسمائه: بيع الثنيا عند المالكية، وبيع العهدة عند الشافعية، وبيع الأمانة عند الحنابلة، وبيع المعاملة عند بعض الحنفية.. وكذلك سمي بيع الطاعة وبيع الجائز، أما عند الإمامية فيسمى (البيع بشرط الخيار)، وربما ذكرت له أسماء أخرى (١) .ما استقر عليه الرأي عند بعض المذاهب:كان السائد قديما فساد هذا البيع عند علماء المذاهب الأربعة باعتبارات ذكرت الموسوعة الفقهية منها ما يلي:الأول: أن من شروط صحة الشرط أن لا يخالف مقتضى العقد وعقد البيع يقتضي ملك المشتري للمبيع على سبيل الاستقرار والدوام.الثاني: أن في هذا الشرط منفعة للبائع ولم يرد دليل معين يدل على جوازه.الثالث: أن البيع على هذا الوجه لا يقصد منه حقيقة البيع بشرط الوفاء وإنما يقصد من ورائه الوصول إلى الربا المحرم.وذهب بعض المتأخرين من الحنفية وكذلك بعض الشافعية إلى جواز ذلك لأن البيع بهذا الشرط قام عليه العرف فرارا من الربا وهو صحيح وإن كان مخالفا للقواعد لأن القواعد تترك بالتعامل كما في الاستصناع (٢) .واعتبره أبو شجاع وعلي السعدي والقاضي أبو الحسن الماتريدي من الحنفية: من عقد الرهن ورتبوا عليه كل أحكام الرهن بحجة أن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني ولهذا كانت **الهبة بشرط** العوض بيعا.ــــــــــــــــ(١) الموسوعة الفقهية: ٢٤٠/٩.(٢) الموسوعة نقلا عن تبيين الحقائق للزيلعي: ١٨٢/٥؛ والبحر الرائق: ٨/٤؛ والفتاوى الهندية: ٢٠٨/٣، ٢٠٩؛ وابن عابدين: ٢٢٤/٢ – ٢٢٧؛ ومغني المحتاج: ٣١/٢؛ ونهاية المحتاج: ٢٣٣/٣؛ وبغية المسترشدين: ص١٣٣؛ والإقناع: ٨٥/٣.." [٢]

"والمراد بالمقاصد والمعاني ما يشمل المقاصد التي تعينها القرائن اللفظية التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر، وكذا ما يشمل المقاصد العرفية المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم فإنها معتبرة في تعيين جهة العقود. وقد صرح الفقهاء بأنه يحمل كلام كل إنسان على لغته وعرفه، وإن خالفت لغة الشرع وعرفه، ومنه انعقاد بعض العقود بألفاظ غير الألفاظ الموضوعة لها مما يفيد معنى تلك العقود في العرف كانعقاد

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٤٣٦٥/٢

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٤٣٩٠/٢

البيع والشراء بلفظ الأخذ والعطاء. المجلة: مادة ١٦٣ و ١٧٢، وانعقاد شراء الثمار على الأشجار بلفظ الضمان في عرفنا الحاضر. أحمد الزرقاء: القاعدة الثانية المادة الثالثة، ١٣. ، بدليل جعلهم الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط عدم براءته كفالة (١) . وما ذاك إلا اعتبارا "لجانب المعنى وإلغاء لخصوص المبنى" المراد بالعقود المذكورة في هذه القاعدة العقود المبنية على الأغراض والمقاصد ل ا على الألفاظ كالبيع والإجارة والحوالة تعتبر فيها المقاصد والمعاني؛ ولا عبرة للألفاظ. ولهذا جرى حكم الرهن في البيع بالوفاء وإن كان منعقدا بلفظ البيع لأنه لم يقصد به تمليك المبيع للمشتري بل تأمينه على دينه. ومما يتفرع على هذه القاعدة: ما لو قال: وهبتك هذه الدار بثوبك هذا كان بيعا بالإجماع إذ العبرة للمعاني لا للألفاظ (در منتقى) ومنه أن الكفالة المشروط فيها براءة ذمة المديون حوالة، والحوالة بشرط عدم براءة ذمته كفالة، **والهبة بشرط** العوض بيع فتجري فيها الشفعة، والإعارة لمدة معلومة بأجر معلوم إجارة. (أشباه)، والوصاية حال حياة الموصي وكالة، وتوكيله بعد موته وصاية (بزازية) شرح المجلة: ص١٩. وقد نبه الشيخ أحمد الزرقاء على جملة من العقود، يجري فيها اعتبار المقاصد والمعاني دون الألفاظ والمباني فذكر بيع الوفاء وما يحصل من صور ذلك بين الكفالة والحوالة، وبين البيع والهبة، وبين الهبة والإجارة، وبين الهبة والإقالة، وبين الهبة والقسمة، وبين المضاربة والقرض والبضاعة (وهي أن يكون المال وربحه لواحد والعمل من الآخر)، وبين الصلح وغيره من العقود، وبين الوصايا والوكالة، وبين العارية والقرض، وبين الشفعة والبيع، وبين الإقرار والبيع، وكثير غيرها. أحمد الزرقاء؛ شرح القواعد الفقهية: ص١٨ - ٢١. ويستثنى من هذه القاعدة مسائل منها: إذا قال أحد لآخر بقصد أن يهبه ماله: بعتك مالي هذا بدون ثمن فلا يبطل لفظ البيع، ولا يحمل على الهبة، ولو كان قصد المتكلم الهبة، لما بين اللفظين من التضاد. فلا يحمل أحدهما على الآخر. وكذا إذا قال أحد لآخر بقصد أن يعيره منزله: أجرتك منزلي هذا بدون كراء فلا يحمل قوله على الإعارة وإن كانت هي المقصودة بكلامه (أشباه). شرح المجلة: ص١٩ - ٢٠؛ علي حيدر. درر الحكام: ١/١٨ - ١٩، ٣؛ أحمد الزرقاء: ص١٣ - ٣٤ . وقد أوتي في هذا العقد بمعنى الرهن من شرط أخذه عند قضاء الدين والتوثق له بالعين، فيكون رهنا حكما وإن كان بيعا اسما.

____

(١) وفي كنز الدقائق: وطالب (الدائن) الكفيل أو المديون إلا إذا شرط البراءة فحينئذ تكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفالة. النسفي: وصورة هذه: رجل له على رجل مال فقال الطالب للمديون: أحلني بمالي عليك على فلان على أنك ضامن لذلك، فقبل: فهو جائز.

وله أن يأخذ بالمال أيهما شاء لأنه لما اشترط الضمان على المحيل فقد جعل الحوالة كفالة لأن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة. الخانية: ٣/١٨٠.." [١]

"خامسها: أنه مركب من رهن وبيع جائز بات، على معنى أنه يعتبر رهنا بالنسبة للبائع حتى يسترد العين عند قضاء ما عليه من الدين ويضمنها له المشتري بالهلاك أو الانتقاص ضمان الرهن ، وبيعا باتا صحيحا بالنسبة للمشتري في حق نزله ومنافعه حتى يطيب له أكل ثمره والانتفاع به سكنى وزراعة وإيجارا (١) . وعلى هذا استقر عمل شيوخ النسفي على ما نقله عنه الزيلعي (٢) . وقال العمادي: وفتوى جدي شيخ الإسلام برهان الدين وأولاده ومشائخ زمانهم (٣) ، على أن الملك يثبت للمشتري شراء جائزا في زوائد المبيع، ولا يغرم لو استهلكها. وعليه استقر قول أئمة زماننا وأستاذينا رحمهم الله [تعالى] (٤) .ومراده (صاحب الهداية) بجده البرهان الإمام النبيل ذو الباع الطويل علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني صاحب الهداية. وناهيك به جبلا من جبال العلم معدودا في طبقة أهل[٣٧١] الترجيح، مقرونا بالقدوري (٥) وأضر ا به، كما ذكره العلامة ابن كمال باشا (٦) .وحجة هؤلاء في اعتباره على هذا الوجه احتياج الناس إليه وتعاملهم به، والقواعد تترك بالتعامل (٧) . ولهذا الوجه جاز الاستصناع (٨) ، مع أن قاعدة امتناع بيع المعدوم تأباه (٩) . وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع (١٠) ، ولا بدع في إعطائه حكم عقدين إذ كثير من العقود كذلك. (الهبة بعوض يشترط لها القبض وعدم كونها في مشاع.) فهذه **الهبة بشرط** العوض، والهبة في حال المرض، أعطي لكل منهما حكم الهبة من اشتراط القبض وعدم كونهما في مشاع قابل للقسمة (١١) . وأعطي للأولى حكم البيع عند القبض حتى ثبتت فيها الشفعة (١٢) ، (الهبة في المرض تخرج مخرج الوصية من الثلث) والثانية حكم الوصية حتى كان خروجها من الثلث (١٣) .واعلم أن احتياج الناس للشيء وتعاملهم به أصلان كبيران في المذهب، كما يعلمه من خبره. فلذلك وقع من أهل الترجيح اختيار هذا القول فيه. فقد نقل الزيلعي عن صاحب النهاية (١٤) أن عليه الفتوى (١٥) ، وفي قاعدة الحاجة تتنزل منزلة الضرورة (١٦) من الأشباه (١٧) : (ومنها الإفتاء بصحة بيع الوفاء حين كثر الدين على أهل بخارى وهكذا بمصر ، وسموه بيع الأمانة، والشافعية يسمونه الرهن المعار (١٨) ، وهكذا سماه به في الملتقط) (١٩) .____________(١) يتفق ما أورده المؤلف هنا مع القول السادس الذي ذكره البزازي حيث قال: (واختار البعض واختاره الشيخ الإمام فخر الدين الزاهد أن الشرط إذا لم يذكر في البيع

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٤٤٨٦/٢

نجعله صحيحا في حق المشتري حتى ملك الإنزال، ورهنا في حق البائع فلم يملك المشتري تحويل يده وملكه إلى غيره، وأجبر على الرد إذا حضر الدين لأنه كالزرافة مركب من البيع والرهن...) البزازية: ٤٠٧/٤ – ٤٠٨ .(٢) انظر الزيلعي: ١٨٣/٥، ١٨٤. وعبارة جامع الفصولين: (وقال شيخ الإسلام برهان الدين ومشائخ زمانه إن المشتري يملك زوائد المبيع ولا يضمنها بإتلافها). الجامع: ٢٣٧/١ .(٣) نخ. دينهم. ر.(٤) انظر العمادية: ١٠٤ أ .(٥) هو أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان. ٣٦٢ – ٤٢٨ . فقيه انتهت إليه رئاسة مذهب أبي حنيفة. له شرح مختصر الكرخي، والتقريب الأول، والتقريب الثاني، والتجريد. ومن أهم مصنفاته المختصر المشتمل على اثنتي عشرة ألف مسألة، وعليه شروح كثيرة معتبرة. الكشف: ص١٦٣١؛ كحالة: ٦٦/٢ .(٦) هو القاضي شمس الدين أحمد بن سليمان بن كمال باشا: ١٥٧٤/٩٤٠ . قاضي القسطنطينية ومفتيها. له إيضاح الإصلاح في الفقه، وتغيير التنقيح في الأصول، ومجموعة رسائل، وطبقات الفقهاء. الفوائد البهية: ص٢١؛ الزركلي: ١٣٣/١؛ كحالة: ٢٣٨/١ .(٧) انظر أحمد الزرقاء: ٣٧/٣٦، ١٦٥ – ١٦٩ .(٨) هو عقد على مبيع في الذمة مطلوب صنعته على أوضاع وشروط تم الاتفاق عليها في العقد في نظير عن معلوم. الموسوعة الفقهية المصرية: ٩٠/٩ .(٩) ورد النهي في السنة عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم. والاستصناع لا يجوز قياسا، وهو جائز استحسانا لإجماع الناس على ذلك. فهم يفعلون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير. وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لا تجتمع أمتي على ضلالة". والقياس يترك بالإجماع. الكاساني: ٢/٥ – ٣.(١٠) أحمد الزرقاء: القاعدة ١٧/ المادة ١٨، ١١١ – ١١٢؛ القاعدة: ٢٠/٢١، ١٣١.(١١) نخ: القسمة في ب، ر. وأما قوله اشتراط القبض فيهما فلأن الهبة لا تكون إلا محوزة مقبوضة، وأما شرط عدم كونهما في مشاع فلأن الهبة لا تجوز في مشاع قابل للقسمة، وتجوز فيما هو غير قابل لها، خلافا للشافعي الذي أجاز هاتين الصورتين. ودليل الحنفية إجماع الصحابة، وكون الشيوع يمنع من القبض أي من التمكن من التصرف في المقبوض. الكاساني: ١١٥/٦، ١١٩ – ١٢٠. ودليل قول الشافعي أن القبض في هبة المشاع يصح كالقبض في المبيع المشاع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لوفد هوازن وقد جاءوا يطلبون ما غنمه منهم: "ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم" المهذب: ٤٤٦/١ .(١٢) **الهبة بشرط** العوض تقع هبة ابتداء وبيعا انتهاء إذا اتصل القبض بالعوضين. واعتبارا للوصف الأول يشترط التقابض في العوضين، ولا يصح الرجوع في الهبة. وإن لم يوجد فلكل من الطرفين الرجوع، وكذا لو قبض أحدهما فقط. واعتبارا

للوصف الثاني ترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة. رد المختار: ٥١٨/٤ . **والهبة بشرط** العوض إذا ذكرها الواهب بلفظ "على" تكون هبة ابتداء فإن قال: وهبتك "بكذا" فهي بيع ابتداء وانتهاء. شرح المجلة: ص٤٦٩ – ٤٧٠ .(١٣) تصح الهبة للأجنبي في المرض إذا خرج الموهوب من الثلث أجازها الورثة أو لا. فإن أجازها الورثة بكاملها صحت وإن لم يجيزوها تنفذ من الثلث فقط. عن التنوير. شرح المجلة: ص٤٨٤.(١٤) هو الإمام حسام الدين حسين بن حجاج بن علي السغناني. ٧٧١ . فقيه أصولي متكلم. وله الكافي شرح البزدوي في أصول الفقه، والتمهيد لقواعد التوحيد، والنهاية وهو أول شرح للهداية وأبسطها وأشملها. احتوى على مسائل كثيرة وفروع لطيفة. الكشف: ص٢٠٣٢؛ والقرشي: ١١٤/٢ – ١١٦، ٥٠٧؛ وكحالة: ٢٨/٤ .(١٥) الزيلعي: ١٨٤/٥ .(١٦) انظر أحمد الزرقاء: القاعدة ٣١/ المادة ٣٢، ١٥٥ .(١٧) هو الأشباه والنظائر في القواعد للعلامة زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم ٩٧٠، فقيه جليل وأصولي. أخذ فيه وفي البحر عن التاتارخانية، وقسمه إلى سبعة فنون وهو آخر تأليفه. وقد اعتنى الفقهاء بهذا الكتاب فوضعوا عليه شروحا كثيرة واعتمدوه في كثير من مصنفاتهم. عليه تعليقات علي بن غانم، وبجري زادة، وعزمي زادة وغيرهم، وحاشية للتمرتاشي زواهر الجواهر النضائر، ونزهة النواظر لابن عابدين، وشروح: تنوير الأذهان والضمائر لمصطفى بن خير الدين الرملي، وغمز عيون البصائر للحموي، ونزهة النواظر لخير الدين الرملي، كما عليه ترتيبات كثيرة. ولابن نجيم شرح منار الأنوار في الأصول وكتاب البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، وحاشية على جامع الفصولين، والتحفة المرضية في الأراضي المصرية، والفتاوى الزينية. واللكنوي: ص١٣٤؛ البغدادي: ٣٧٨/١؛ محمد مطيع حافظ. مقدمة الأشباه: ص٥ – ١٨ .(١٨) هذه الجملة: "الحاجة تتنزل منزلة الضرورة" وردت ذيل القاعدة الخامسة "الضرر يزال" من كتاب الأشباه: ص١٠٠ .(١٩) هو الملتقط في الفتاوى الحنفية للإمام ناصر الدين أبي القاسم محمد بن يوسف الحسني السمرقندي. ٥٥٦ . رتبه الإمام الزاهد جلال الدين محمد بن حسين بن أحمد الأسروشني بسمرقند. الكشف: ص١٨١٣؛ وبعد ذكر هذا المرجع قال ابن نجيم: وقد ذكرنا في شرح الكنز من باب خيار الشرط. وفي القنية والبغية أنه يجوز للمحتاج الاستقراض بالربح. الأشباه: ص١٠٠ .." [١]

"قال: وبه نأخذ، وقال السيد الإمام الشهيد: لا نأخذ باستحسان مشايخ بلخ وإنما نأخذ بقول أصحابنا المتقدمين لأن التعامل في بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن على الاستمرار من الصدر الأول

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٤٤٩٢/٢

فيكون ذلك دليلا على تقرير النبي صلى الله عليه وسلم إياهم على ذلك فيكون شرعا منه، فإذا لم يكن كذلك لم يكن فعلهم حجة إلا إذا كان كذلك من الناس كافة في البلدان كلها فيكون إجماعا والإجماع حجة. ألا ترى أنهم لو تعاملوا على بيع الخمر والربا لا يفتى بالحل (١) .هذا ما تصورته أن يذكر من الخلاف داخل المذهب الحنفي في حكم بيع الوفاء وقد حاولت أن أذكر الدليل لكل قول من الأقوال الخمسة لكن لا يفوتني هنا أن أذكر أن مجلة الأحكام العدلية ذهبت على القول بأنه بيع مركب، لكن من ثلاثة أشياء: البيع الجائز ، والبيع الفاسد، والرهن وهو قول من الأقوال التي لم أذكرها لأنه لا يختلف من حيث الآثار والنتائج عن القول بأنه بيع مركب من بيع جائز ورهن. ونص المجلة ما يلي: (المادة: ١١٨ بيع الوفاء هو بيع المال بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد إليه المشتري المبيع، وهو في حكم البيع الجائز بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيع المبيع من الغير) (٢) . والقول الذي ذهبت إليه المجلة هو الذي قال عنه خاتمة المحققين في المذهب النعماني ابن عابدين : القول الجامع لبعض المحققين أنه فاسد في حق بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ، صحيح في حق بعض الأحكام كحل الإنزال ومنافع المبيع، ورهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه وسقط الدين بهلاكه فهو مركب من العقود الثلاثة كالزرافة فيها صفة البعير والبقر والنمر) (٣) .هذا ولا بدع في تركب هذا البيع فهناك أنماط من المعاملات مركبة **كالهبة بشرط** العوض، والهبة في حال المرض أعطي كل منهما حكم الهبة من اشتراط القبض، وعدم كونها في مشاع قابل للقسمة وأعطي للأولى حكم البيع عند القبض حتى تثبت فيها الشفعة والثانية حكم الوصية حتى كان خروجها من الثلث (٤) .وبعد الإلمام بحكم بيع الوفاء عند السادة فقهاء الحنفية، وما ذكرته من الأقوال الستة فعلى أيها يصح أن يكون مخرجا من الربا؟ وعلى أيها لا يصح؟والجواب أن بيع الوفاء يكون مخرجا من الربا على القول بأنه بيع جائز غير لازم أو على القولين بالتركيب لاشتراك القولين في حل الانتفاع به، وفسخه بطلب أحدهما وفائدته على القولين للبائع والمشتري واضحة، فهو صالح للبائع في التمكن من استرداد مبيعه، وصالح لصاحب المال في الانتفاع بالمبيع مدة غيبة ماله عنه.وأما على القول بأنه رهن فهو إن حصل غرض الراهن لم يحصل غرض المرتهن والقول بأنه بيع فاسد كذلك.وأما على القول بأنه بيع بات فهو إن حصل غرض المشتري لم يحصل غرض البائع (٥) .

ـــــــــــــــــ(١) ٤/٢٤٩، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان.(٢) مجلة الأحكام العدلية:

ص٦٧.(٣) رد المحتار: ٢٤٧/٤.(٤) بيرم الثاني: الوفاء بمسائل بيع الوفاء: ص٨ ظهرا، بتصرف.(٥) بيرم الثاني، الوفاء بمسائل بيع الوفاء: ص١٠ ظهرا، بتصرف.." [١]

"ولأن البيع على هذا الوجه لا يقصد منه حقيقة البيع بشرط الوفاء، وإنما يقصد من ورائه الوصول إلى الربا المحرم وهو إعطاء الحال إلى أجل ومنفعة البيع هي الربح، والربا باطل في جميع حالاته.وذهب بعض المتأخرين من الحنفية والشافعية إلى أن بيع الوفاء جائز مفيد لبعض أحكامه وهو انتفاع المشتري بالمبيع دون بعضها، وهو البيع من آخر. وحجتهم في ذلك أن البيع بهذا الشرط تعارفه الناس وتعاملوا به لحاجتهم إليه فرارا من الربا فيكون صحيحا لا يفسد البيع باشتراطه فيه وإن كان مخالفا للقواعد لأن القواعد تترك بالتعامل كما في الاستصناع .وذهب أبو شجاع وعلي السغدي والقاضي أبو الحسن الماتريدي من الحنفية إلى أن بيع الوفاء رهن وليس ببيع، فيثبت له جميع أحكام الرهن ، فلا يملكه المشتري ولا ينتفع به ولو استأجره لم تلزمه أجرته كالراهن إذا استأجر المرهون من المرتهن ويسقط الدين بهلاكه ولا يضمن ما زاد عليه – وإذا مات الراهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء، وحجتهم في ذلك أن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني، ولهذا كانت الهبة بشرط العوض بيعا وكانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة وأمثال ذلك كثير في الفقه.وهذا البيع لما شرط فيه أخذ المبيع عند رد الثمن كان رهنا لأنه هو الذي يؤخذ عند أداء الدين.قال ابن عابدين : في بيع الوفاء قولان الأول: أنه بيع صحيح مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا أنه لا يملك المشتري بيعه، قال الزيلعي في الإكراه وعليه الفتوى. الثاني: القول الجامع لبعض المحققين أنه فاسد في حق بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ – صحيح في حق بعض الأحكام كحل الإنزال ومنافع المبيع ورهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه، وسقط الدين بهلاكه فهو مركب من العقود الثلاثة كالزرافة فيها صفة البعير والبقرة والنمر، جوز لحاجة الناس إليه بشرط سلامة البدلين لصاحبهما، قال في البحر: وينبغي أن لا يعدل في الإفتاء عن القول الجامع، وفي النهر: والعمل في ديارنا على ما رجحه الزيلعي.وقال صاحب بغية المسترشدين من متأخري الشافعية: بيع العهدة صحيح جائز وتثبت به الحجة شرعا وعرفا على قول القائلين به، ولم أر من صرح بكراهته، وقد جرى عليه العمل في غالب جهات المسلمين من زمن قديم، وحكمت بمقتضاه الحكام وأقره من يقول به من علماء الإسلام مع أنه ليس من مذهب الشافعي وإنما اختاره من اختاره ولفقه من مذاهب للضرورة

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٤٥٧٩/٢

الماسة إليه ومع ذلك فالاختلاف في صحته من أصله وفي التفريع عليه لا يخفى على من له إلمام بالفقه.__________." (١)

"والقول الثالث: في فتاوى قاضيخان: الصحيح أن العقد الذي جرى بينهما إن كان بلفظ البيع لا يكون رهنا، ثم ينظر، إن ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع، وإن لم يذكرا ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء، أو تلفظا بالبيع الجائز عندهما هذا البيع عبارة عن عقد غير لازم فكذلك، وإن ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على وجه المواعدة جاز البيع ويلزم الوفاء بالميعاد – طبعا له دليله ولن نذكره اختصارا.القول الرابع: قاله في العدة واختاره الإمام ظهير الدين المرغيناني وغيره من مشايخ بخارى : أنه بيع فاسد كبيع المكره، ولذلك يكون للبائع حق نقض المشتري وهبته لأنه بيع بشرط فاسد. ووجه هذا القول: أن الفساد باعتبار عدم الرضا فكان حكمه حكم بيع المكره. وقال الأتقاني: والأصح عندي أن بيع الوفاء بيع فاسد، يوجب الملك بعد القبض، كسائر البياعات الفاسدة.القول الخامس: ما اختاره أئمة خوارزم: أنه إذا أطلق البيع ولكن وكل المشتري وكيلا لفسخ البيع إذا أحضر البائع الثمن، أو عهد على أنه إذا أوفاه فسخ البيع، والثمن لا يعادل المبيع وفيه غبن فاحش .– على أي حال نأتي للقول السادس وباختصار – القول السادس: ما اختاره البعض منهم الشيخ الإمام فخر الدين الزاهدي وبعض مشايخ سمرقند: إذا كان الوفاء غير مشروط في البيع نجعله صحيحا في حق المشتري حتى يحل له الانتفاع بالمشترى كما يحل بسائر أملاكه، ولا ضمان عليه، ونجعله رهنا في حق البائع ، حتى لا يتمكن المشتري من بيعه ولا يورث عنه ولا يملك المشتري تحويل يده وملكه إلى غيره وأجبر على الرد إذا أحضر المدين لأنه كالزرافة مركب من البيع والرهن ، على ما قال، وكثير من الأحكام له حكمان: كالهبة حال المرض، **والهبة بشرط** العوض. قال: وجعلناه كذلك لحاجة الناس إليه فرارا من الربا، فبلخ اعتادوا الدين والإجارة الطويلة ولا يمكن ذلك في الأشجار، فاضطروا إلى بيعها وفاء، وما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه. وعقب على هذا الرأي بالقول: والفتوى في زماننا على جوازه من هذا الوجه. وفي جامع الفصولين – نختصر – قال: والقول السابع: أجاب علاء الدين بدر: أنه لا يصح، وعلى هذا اختيار صاحب الهداية وأولاده ومشايخ زماننا، قال: وعليه الفتوى. أعني لا يملك المشتري البيع من الغير كما في بيع المكره، لا كالبيع الفاسد بعد البقض. والقول الثامن والتاسع مذكور باختصار.والقول الراجح : قال علي حيدر في شرح المجلة

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٤٦٣٣/٢

ما نصه: والحاصل أن بيع الوفاء وإن وجد فيه تسعة أقوال فأرجحها القول الذي اتبعته المجلة في قولها: بيع الوفاء في حكم البيع الجائز بالنظر إلى انتفاع المشتري، وفي حكم البيع الفاسد بالنظر إلى كون كل من الفريقين مقتدرا على الفسخ، وفي حكم الرهن بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيعه إلى الغير. وعلى كل فوجه الشبه بالرهن أبين وأرجح.______________." (١)

"القسم الأولأحكام بيع الديون في الفقه الإسلاميتمهيد:تتعلق أحكام بيع الديون في الفقه الإسلامي بتحديد مفهوم البيع ، وبيان أقاسمه من حيث: المحل والشروط الخاصة بالمبيع ؛ للوصول بالنتيجة إلى حكم المبيع إذا كان من الديون. وبيان ما يجوز بيعه من الديون وما لا يجوز.الفصل الأول – تحديد مفهوم البيع وتقسيمه من حيث المحلالفرع الأول – تحديد مفهوم البيع :يطلق البيع على المبادلة بين شيئين، فمن يبيع يعطي شيئا ليأخذ بدله شيئا آخر، وهو من أسماء الأضداد، ولكن إذا أطلق لفظ البائع فالمتبادر للذهن أنه يراد بذلك باذل السلعة (١) .أما في الاصطلاح الفقهي فقد اختارت مجلة الأحكام العدلية أن تعرف البيع بأنه: "مبادلة مال بمال ".وقد أوضح شارح المجلة المرحوم علي حيدر بأن المراد من ذلك: " أن البيع هو تمليك مال مقابل مال على وجه مخصوص"، وأن هذا القيد يقصد به إخراج التبرع والهبة بشرط العوض (٢) .ويعرف المالكية البيع بأنه: " دفع عوض في معوض" (٣) ، وجاء في المقدمات لابن رشد (الجد) إن البيع : " نقل الملك عن عوض " (٤) .كما عرف الشافعية البيع بأنه: " مقابلة مال بمال على وجه مخصوص" (٥) ، وأورد القليوبي تعريفا للبيع بقوله: " عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد لا على وجه القربة" (٦) .أما الحنابلة فقد عرفوا البيع بأنه: "مبادلة مال – ولو في الذمة – أو منفعة مباحة بمثل أحدهما على التأبيد يغر ربا وقرض " (٧) .فالبيع مبني إذن على المبادلة وذلك على أساس المعاوضة حيث يقدم البائع شيئا ليأخذ بدلا عنه ما يماثله في نظره قيمة، وذلك على سبيل التراضي وبهدف التمليك والامتلاك القاطع. فالبائع يعطي السلعة والمشتري يقدم الثمن وهما يقصدان تمليك بعضهما البعض ما يقدمه كل منهما عن رضا وعن اختيار.وبديهي أن المبادلة تعني المغايرة حيث لا يعطي الإنسان العاقل شيئا ليأخذ مثل ما أعطى، وذلك لأنه لا يفيد من ذلك شيئا إلا إذا كان هناك فارق نوع وجودة بين البدلين، وهنا يتدخل الشرع في حالة مبادلة الجنس بجنسه كالتمر بالتمر مثلا، فيمنع زيادة أحد البدلين عن الآخر أو تأجيل تسليم أحدهما حيث يشترط في مثل هذا البيع أن يكون يدا بيد ومثلا

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٤٦٩٨/٢

بمثل.ـــــــــــــــــــ(١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ؛ مرجع سابق ؛ مادة (بيع).(٢) علي حيدر ؛ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ؛ الكتاب الأول (بيروت: دار النهضة)، ص ٩٢.(٣) انظر: الحطاب ؛ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء الرابع، الطبعة الثانية (مصر: مطبعة السعادة، ١٩٧٨)، ص ٢٢٢.(٤) انظر: ابن رشد (الجد) المقدمات الممهدات (القاهرة: مطبعة السعادة) ، ص ١٨٦.(٥) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء التاسع، ص ٥.(٦) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء التاسع، ص ٥.(٧) انظر: أحمد بن عبد الله القاري ؛ مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد، الطبعة الأولى (جدة: تهامة ، ١٤٠١هـ، ص ١٠٧ المادة رقم ١٦١) .." [1]

"وتتخذ الإجارة المنتهية بالتمليك عن طريق الهبة إحدى صورتين فرعيتين هما:١) إجارة مع وعد بالهبة –ويتم تنفيذ الوعد بعقد مستقل بعد الوفاء بجميع الأقساط الإيجارية .٢) إجارة مع عقد هبة فوري ولكنه معلق على سداد جميع الأقساط الإيجارية.أما بالنسبة للصورة الفرعية الأولى –وهي ما يطبقه حاليا البنك الإسلامي للتنمية – فقد صدر قرار المجمع رقم (١) د٨٦/٧٠/٣ في اجتماعه السنوي الثالث لعام ١٤٠٧هـ، باعتماد المبادئ التالية لها:المبدأ الأول: أن الوعد من البنك الإسلامي للتنمية بإيجار المعدات إلى العميل بعد تملك البنك لها أمر مقبول شرعا.المبدأ الثاني: أن توكيل البنك الإسلامي للتنمية أحد عملائه بشراء ما يحتاجه ذلك العميل من معدات وآليات ونحوها مما هو محدد الأوصاف والثمن لحساب البنك بغية أن يؤجره البنك تلك الأشياء بعد حيازة الوكيل لها هو توكيل مقبول شرعا، والأفضل أن يكون الوكيل بالشراء غير العميل المذكور إذا تيسر ذلك.المبدأ الثالث: أن عقد الإيجار يجب أن يتم بعد التملك الحقيقي للمعدات، وأن يبرم بعقد منفصل عن عقد الوكالة والوعد.المبدأ الرابع: أن الوعد بهبة المعدات عند انتهاء أمد الإجارة جائز بعقد منفصل.المبدأ الخامس: أن تبعة الهلاك والتعيب تكون على البنك بصفته مالكا للمعدات ما لم يكن ذلك بتعد أو تقصير من المستأجر فتكون التبعة عندئذ عليه.ومن الواضح أن الوعد بالهبة يحتاج إنجازه إلى عقد جديد، ويرد عليه الخلاف المعروف حول لزوم الوعد، فمن يرى فيه الإلزام يستند إلى رأي المالكية في التبرعات إذا ترتب على الوعد بها دخول الموعود في التزامات مالية، يؤدي النكول بالوعد إلى الإضرار به بشأنها، وهذه الالتزامات هنا هي سداد أقساط أجرة أعلى من أجرة المثل أملا بتنفيذ هذا الوعد.أما الصورة الفرعية الثانية فهي تخرج من الخلاف حول إلزامية الوعد، وتدخل

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢١١٩٨/٢

في خلاف غيره آخر حول جواز تعليق الهبة على شرط ، ويرى الجواز المالكية والإباضية وبعض الحنابلة والحنفية، أما الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة) فعلى عدم صحة تعليق الهبة على الشرط (١) .ــــــــــــــ(١) معايير المحاسبة والمراجعة، طبعة ١٩٩٧م، ص٣١١-٣١٢.." [1]

"وأما الصورة السادسة فتدخل في قرار مجمع الفقه، وكذلك الصورة الخامسة وهما تكيفان على أساس عقد الإجارة الحقيقية ثم يتم البيع بعقد مستقل.ومن الجدير بالتنبيه عليه هو أن وجود وعد بالبيع، أو حتى اشتراط البيع في العقد لا يحول العقد إلى بيع كما هو الحال في القانون ، لأن العاقدين أرادا الإجارة فعلا، لا البيع في الأول، ولأن الأجرة دفعت شهريا كأجرة وليست كقسط لبيع فكيف تتحول الأجرة إلى ثمن؟ لذلك فتكييف العقد بأنه بيع بثمن مقسط تكتنفه صعوبات كثيرة في إطار الفقه الإسلامي (١) ، ولهذا النوع صور في الفقه الإسلامي منها الهبة بشرط العوض حيث لم يجعلها الجمهور بيعا لأن مآلها إلى البيع كما سيأتي.وكل ما يمكن قوله في التكييف الفقهي لهذه الصورة هو أن هذا العقد إجارة ابتداء وبيع انتهاء، وهذا التكييف له نظائر في الفقه الإسلامي كما سبق.إصدار صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك :إن من أفضل العقود وأكثرها ملاءمة لإصدار الصكوك عليها هو عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، حيث إن أقساط الإجارة تحدد تماما نسبة الربح فتكون معلومة لمشتري هذه الصكوك، فمصدر الصكوك الخاصة بالإجارة المنتهية بالتمليك يستطيع أن يعلن عن نسبة الربح المتوقع في العملية كلها، فمثلا لو أن المؤسسة المالية اشترت طائرات أو مصانع بمائة مليون دولار وأجرتها لمدة عشر سنوات مثلا مع ملاحظة قيمتها التي تباع بها من خلال الوعد، وظهر من خلال ذلك أن الربح هو (١٠ ٪) فإن الصكوك يمكن أن تصدر بها (٢) .بدائل عن الإجارة المنتهية بالتمليك:١-ذكر قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عام ١٤٠٩ هـ بديلا عن الإجارة المنتهية بالتمليك وهو البيع بالتقسيط مع الحصول على الضمانات الكافية.ولكن هناك بدائل أخرى منها:٢- عقد بيع مع اشتراط عدم نقل الملكية أو عدم التصرف في المبيع إلا بعد سداد جميع الثمن المؤجل.ــــــــــــــ(١) د. الشاذلي، المرجع السابق، ص٢٦٣٩.(٢) يراجع لمزيد من التفصيل حول الصكوك الإسلامية: بحثنا حول التطبيقات العلمية لإقامة السوق الإسلامية، المقدم إلى دورة المجمع الثامنة ببروناي.." [2]

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٢٤٢٥

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٢٥٤٠

"وفي هذا البديل معظم المقاصد التي يتوخاها العاقدان في الإجارة المنتهية بالتمليك .وهذا البديل أجازه بعض الفقهاء حيث نص المالكية على أنه يجوز بيع شيء مع اشتراط منع المشتري من التصرف في العين المبيعة بأي نوع من أنواع التصرفات –معاوضة أو تبرعا- حتى يؤدي المشتري الثمن كاملا، وإلا انفسخ العقد، واعتبروه بمثابة الرهن (١) ، وهذا الرأي هو رأي ابن شبرمه ، وابن تيمية ، وابن القيم (٢) الذين يصححون كل شرط إلا شرطا خالف نصا من الكتاب والسنة.٣-عقد بيع بالتقسيط مع إعطاء الخيار (أي خيار الشرط) للبائع، أو المشتري، أو لكليهما وذلك بأن يقول: بعت لك هذه الطيارة بمبلغ كذا على أن تقسط المبلغ على عشرين شهرا كل شهر تدفع كذا، ولي الخيار لمدة عشرين شهرا.وهذا العقد بهذه الصورة جائز عند من أجاز أن تكون مدة الخيار مدة طويلة معلومة وهو مذهب أحمد ، ومحمد بن الحسن الشيباني ، وأبي يوسف ، صاحبي أبي حنيفة ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمه، والثوري ، وابن المنذر ، وإسحاق بن راهويه ، وأبي ثور ، حيث ذهبوا إلى تفويض مدة الخيار إلى العاقدين (٣) .٤-صيغة العقد على أساس الهبة بثواب (أي بعوض) بأن يقول صاحب الدار، أو المعدات: "وهبتك هذه الدار على أن تعطيني أو بشرط أن تعطيني في كل شهر مبلغ كذا لمدة عشرين شهرا مثلا".وهذه أيضا جائزة عند الفقهاء، فقد ذكر صاحب الدر المختار أن البيع لا يشمل الهبة بعوض ، وعلق على ذلك ابن عابدين بقوله: "فإنه: (أي المذكور أي الهبة بعوض) ليس ببيع ابتداء وإن كان في حكمه بقاء.. وكذا لو وهبه شيئا على أن يعوضه عنه شيئا معينا فهو هبة ابتداء مع وجود المبادلة المشروطة" (٤) .ثم ذكر أن **الهبة بشرط** العوض وإن كانت في معنى البيع، لكنه يشترط فيها شروط الهبة وليست البيع، فقال صاحب الدر المختار: "ولذا يشترط فيه شرائط الهبة كقبض، وإفراز، وعدم شيوع"ولو كان العوض يسيرا كما أن العوض يمنع جواز رجوع الواهب عن هبته (٥) .وقال الحطاب المالكي : "إذا قال: وإن أعطيتني.. دارك فقد التزمت لك بكذا، أو ملك بكذا.. فهذا من باب الهبة" (٦) ، وجاء في الشرح الكبير: "وجاز للواهب شرط الثواب أي العوض على هبته.. نحو وهبتك هذا بمائة، أو على أن تثيبني، ولزم الثواب بتعيينه إن قبل الموهوب له فيلزمه دفع ما عين، وأما عقد **الهبة المشروط** فيها الثواب فلازم للواهب بالقبض عين الثواب أم لا"، وعلق عليه الدسوقي فقال: وأما الموهوب له فلا يلزمه إلا بالفوات، وما ذكره الشارح من لزومها بالقبض للواهب عين الثواب، أم لا غير ظاهر، فإن توقف لزوم العقد على القبض وإنما هو إذا كان الثواب غير معين، وأما إذا عين الثواب عند عقد الهبة ورضي الموهوب له فلا يتوقف اللزوم على قبض بل يلزم العقد كلا منهما بسبب

تعيينه كالبيع...، ولذا قال البساطي: "ولزم العقد بتعيينه أي الثواب" (٧) .____________(١) يراجع فتح العلي المالك: ٣٦٤/١؛ ود. الشاذلي: نظرية الشرط، ص٣٦٥،٢١٧.(٢) مجموع الفتاوى: ٣٥٠/٢٩؛ وإعلام الموقعين: ٣٨٩/٣.(٣) المغني لابن قدامة: ٤٩٨/٣؛ ومطالب أولي النهي: ٨٩/٣؛ والمبسوط: ٤١/١٣؛ و الفتاوى الهندية: ٣٨/٣؛ والمجموع: ١٩٠/٩؛ والمحلى لابن حزم : ٣٧٣/٨؛ ويراجع: الخيار وأثره في العقود للدكتور عبد الستار أبو غدة، ط. دلة البركة، ص٢٢١.(٤) حاشية ابن عابدين: ٥/٤.(٥) المصدر السابق: ٥١٧/٤.(٦) الالتزامات للحطاب، ص٢١١.(٧) الشرح الكبير مع الدسوقي: ١١٤/٤.." [(١)]

"والخلاصة:أن هذا العقد صحيح وهل يعتبر بيعا أو بمثابة البيع نظرا إلى المعنى والمؤدى، أم هل يعتبر هبة نظرا للفظ والتعبير على خلاف بين الفقهاء، وإذا اعتبر بيعا تطبق عليه أحكام البيع وضوابطه، في حين إذا اعتبر هبة تطبق عليه أحكام الهبة وضوابطها، وهذا النوع أقرب شيء إلى الإيجار المنتهي بالتمليك .ونلاحظ أن جماهير الفقهاء لم يقولوا ببطلان **الهبة بشرط** العوض بسبب أنها في حقيقتها ومآلها بيع لكنها صيغت بصياغة الهبة، وألبست لباسها، كما أنهم لم يقولوا: إنها داخلة في الحيل، وذلك لأن كلا العقدين صحيح، وأن العاقدين أرادا هذه الصياغة لمصلحة يريدانها.٥-صياغة العقد على أساس الهبة المعلقة:إذا علق الهبة على شرط سداد جميع الأقساط المتفق عليها خلال مدة يتفق عليها بأن يقول: إذا قمت بسداد جميع الأقساط المتفق عليها خلال عشرين شهرا مثلا فإني وهبتك هذه الدار، ووافق عليها الطرف الآخر. فهذا مجال خلاف كبير بين الفقهاء، حيث أجازه بعض الفقهاء منهم المالكية وقول في المذهب الحنفي بناء على صحة **تعليق الهبة** على شيء في المستقبل، في حين لم يصححها الأكثرون بناء على عدم صحة ذلك (١) .وقد دل على صحة **تعليق الهبة** ما رواه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه عن أم كلثوم بنت أبي سلمة، قالت: لما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال: ((إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواني مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى هديتي إلا مردودة علي، فإن ردت فهي لك))، قالت: "فكان ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة" (٢) .فهذا الحديث يدل على صحة **تعليق الهبة** على شيء قد يتحقق في المستقبل، وهو نص في الموضوع.____________(١) يراجع:

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢٢٥٤١/٢

الالتزامات للخطاب: ١/١٨٠؛ ونظرية الشرط، ص١٣٥.(٢) مسند أحمد: ٦/٤٠٤؛ وصحيح ابن حبان، الحديث رقم (١١٤٤)، والحديث وإن كان فيه مقال لكنه ينهض حجة على هذا الحكم لما له من شواهد ومتابعات.." (١)

"البحث التالي للأستاذ منذر قحف، حيث ذكر بالمسائل العديدة للإجارة بالنسبة للمستأجر التي تحدد التزاماته المالية، وآثارها إيجابيا لصالح المستأجر على الضرائب ، ولا تفتح باب الشركة لدخول أعضاء جدد وصيغ التمويل أقل مخاطرة من القراض والمشاركة، وكذلك مزايا ضريبية. أول من كتب فيها الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان.ثم عرف الإجارة وحكمها. أما الإجارة المنتهية بالتمليك فهي إجارة وشراء في آن واحد، ولها صور خمس: انتهاؤها بالهبة، أو بثمن رمزي، أو البيع قبل انتهاء مدة الإجارة ، أو البيع التدريجي، أو البيع الناجز واستثناء المنفعة.وتعرض إلى أشكال احتساب الأجرة.التكييف الشرعي :تكلم على اجتماع عقدين في عقد وعلى الشروط الواردة على العقد، وتتبع حاصل ما بسطه الدكتور حسن الشاذلي والدكتور نزيه حماد، ثم طبق ما وصلا إليه على الإجارة المنتهية بالتخيير .الدافع للإجارة: اعتماد الإجارة المنتهية بالتمليك هي إحدى البدائل للتمويل عن القرض الربوي ، وهي مع ذلك أداة استعملها النظام الربوي، فهي ليست كالمرابحة ، ولذا فإنه يختلف فيها من شوائب غير مشروعة يقتضي ذلك أن تتخلص منها.أولا – المنتهية بالهبة :الأقساط تكون عالية بحيث تضمن اشتراك رأس المال والربح ولا تخرج العين في كامل المدة عن ملكية المؤجر. وعمر العين يفوق مدة الإجارة مما يجعل المستأجر راغبا في تملك العين. ولها صورتان:١-إجارة مع وعد بالهبة، ينفذ بعد تمام خلاص الأقساط بعقد مستقل.٢-إجارة مع عقد هبة معلق على سداد جميع الأقساط.والنوع الأول مضبوط بقرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة، والنوع الثاني هو جائز على القول بصحة **تعليق الهبة**._____________." (٢)

"ويضاف إلى ذلك كله في غاية الأهمية ؛ وهو أن عقد إنشاء الصندوق والإسهام فيه ينطبق عليه نفس شروط وأركان عقد **الهبة المشروطة** بعوض . وهذا العقد بدوره يخضع لنفس الأحكام التي يخضع لها عقد البيع . وحيث إن مقتضى الاقتراح المقدم يفيد ضمانا أن ملكية الأموال التي تدخل إلى الصندوق لا يختص بها أحد من أصحاب الصكوك . أو المساهمين بعينه . لذلك فإنه في ظل هذه الحقيقة يجب

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٢٥٤٣

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٢٦٠١

أن يكون الصندوق مستقلا في شخصيته الاعتبارية عن الشخصية الاعتبارية للشركة ، فإذا فرض وقوع خسائر للشركة في أي وقت من الأوقات . فيتعين في هذه الحالة التحرز من تعويض الصندوق لواحد من أصحاب الصكوك أو المساهمين المؤسسين بأكثر مما أسهم به هذا الشخص للصندوق من أموال . وإلا أدى ذلك إلى الوقوع في الربا (١) .ولمزيد من الإيضاح نورد فيما يلي قولا للإمام ابن جزي المالكي فيما يتعلق بأحكام **الهبة المشروطة** بثواب أو عوض ، يقول :(والموهوب له مخير بين قبولها أو ردها ، فإن قبلها فيجب أن يكافئه بقيمة الموهوب ولا يلزمه الزيادة عليها ولا يلزمه الواهب قبول ما دونها) (٢) . ويقول : وحكم هبة الثواب كحكم البيع ، يجوز فيها ما يجوز في البيع ، ويمتنع فيها ما يمتنع فيها من النسيئة وغير ذلك) (٣) .______________(١) إن هذه الملحوظة الخاصة بإمكانية وقوع الربا في التعامل بين صندوق تأمين خسائر الاستثمار وحملة الصكوك تنطبق بصورة أكثر جدة ووضوحا إذا كانت المؤسسة محل المناقشة بنكا من البنوك الإسلامية ، لأنه يلزم في هذه الحالة الجديدة الأخذ في الاعتبار لإحدى السمات التي يختص بها الهيكل الحالي للودائع في البنوك الإسلامية ، وهي أنه يسمح بالتدفق المستمر للودائع في وعاء المضاربة ، وبالتالي بالخلط بينها جميعا ، على النحو الذي سبقت الإشارة إليه في بداية هذا البحث ، فإذا استمر البنك في العمل بنفس هيكل الحساب ات القائم حاليا ، فإن مقتضى الاقتراح الخاص بالدكتور سامي حمود هو أن ملكية الأموال التي تدخل إلى الصندوق لا يختص بها أحدى المودعين ، أو المساهمين بعينه ، لأن وعاء الأموال في هذه الحالة غير مغلق على أفراد معينين ومحصورين بذاتهم ، كما هو مقرر في حالة الشركات . لذلك فإن الحاجة إلى استقلال الصندوق في شخصيته الاعتبارية عن الشخصية الاعتبارية للبنك تكون أكثر إلحاحا . وفي ظل هذه الحقيقة إذا فرض وقوع خسائر للبنك في أي وقت من الأوقات ، وأدى ذلك إلى تعويض الصندوق لأحد المودعين أو المساهمين بأكثر مما ساهم به هذا المودع للصندوق من أموال (وهذا الفرض لا يبعد تصور حدوثه في الواقع) فإن ذلك يؤدي إلى وقوع الربا في هذا التعامل [انظر : د . حسين كامل فهمي ، ضمان الودائع الشرط (الرد) ، مرجع سابق ، ص ٣٩] والحل في هذه الحالة هو كما سبقت الإشارة إليه بأنه يتعين إنشاء صناديق استثم ارية مغلقة النهاية ، بحيث لا يسمح بتدفق ودائع جديدة إلى وعاء المضاربة بعد بدء النشاط للصندوق فإذا قيل : إن الشركاء في عقد المضاربة قد اتفقوا على استخدام رأي المالكية ـ بشأن التبرع للمساكين ـ كسند لهم ، لإنشاء صندوق بينهم لمقابلة مخاطر الاستثمار ، على أن يتم التبرع بالأموال المتبقية في نهاية عمل الصندوق ، فإن الرد على ذلك أن

الأخذ برأي الإمام مالك في هذا الشأن يجب أن يصاحبه ، ولا ينفك عنه ، رأي المالكية أيضا بعدم جواز خلط أموال جديدة بوعاء المضاربة بعد بدء النشاط استنادا لرأي الإمام مالك نفسه المثبت في المدونة (وهو أيضا رأي الجمهور) .(٢) انظر : الإمام ابن جزي ، القوانين الفقهية ، ص ٢٤٢ .(٣) انظر : الإمام ابن جزي ، القوانين الفقهية ، ص ٢٤٢ .." [(١)]

"٢٥٨١ - قوله: (إن نساءك ينشدنك العدل)...الخ، وهذه الكلمة تشبه التي تكلم بها رأس الخوارج فاستأذن له بعض الصحابة أن يضربوه بالسيف، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم دعه لعل اللها يخرج من ضئضي، هذا قوما يخرجون من الدين»...الخ، وقد أجبت عنه في رسالتي «إكفار الملحدين»، وقد مر في هذه الوريقات أيضا أن الكلمة الواحدة، تختلف إسلاما وكفرا باختلاف النيات، واللهجة، وصور الأداء فتذكره.صحيح البخاريباب من رأى الهبة الغائبة جائزةولعل المصنف أراد من الهبة الشيء الموهوب، والمعنى أن هبة الشيء جائزة، وإن كان غائبا عن المجلس، أو كان الموهوب له أيضا غائبا؛ وحاصله أنه لا يشترط لصحة الهبة حضور الموهوب له، أو الشيء الموهوب؛ وتمسك له بقصة سبي هوازن، فإن الواهب فيها كان النبي صلى الله عليه وسلم والأشياء الموهبة لم تكن حاضرة في المجلس، فثبت الترجمة، ثم التحقيق على تخريج تلك القصة، فسنعود إليه، ونحققه أنها كانت إعتاقا لا هبة.صحيح البخاريباب المكافأة في الهبةيعني أن **الهبة بشرط** العوض جائزة، وفي «الهداية» أنهاهبة ابتداء، وبيع انتهاء.صحيح البخاريباب الهبة للولد، وإذا أعطى بعض ولده شيئا لم يجز حتى يعدل بينهم ويعطي الآخرين مثله، ولا يشهد عليهصحيح البخاريباب الإشهاد في الهبةصحيح البخاريباب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها(٥/٢٣١)---." [(٢)]

"فيها التقابض في المجلس كالصرف وبيع الطعام بالطعام أو القبض في أحد العوضين كالسلم لا يجوز شرط الخيار فيها وإن ثبت خيار المجلس وإلا أن خيار الشرط لا يثبت في الشفعة بلا خلاف

وكذا في الحوالة على ما حكاه العراقيون وإلا أن الوجه الغريب المذكور في خيار المجلس للبائع لمفلس لم يطردوه هنا وإلا أن في **الهبة بشرط** الثواب طريقة قاطعة تنفي خيار الشرط وإلا أن في الإجارة أيضا طريقة مثل ذلك

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٥٣٨٧

(٢) فيض الباري شرح البخاري، ٥/٦٦

وحكم شرط الخيار في الصداق مذكور في كتاب الصداق

فصل يجوز شرط الخيار للعاقدين ولأحدهما بالإجماع

ويجوز أن يشرط لأحدهما يوم وللآخر يومان أو ثلاثة

فإن شرطه لغيرهما فإن كان الغير أجنبيا فقولان

أحدهما يفسد البيع

وأظهرهما يصح البيع والشرط ويجري القولان في بيع العبد بشرط الخيار للعبد

ولا فرق على القولين بين أن يشرطا جميعا أو أحدهما الخيار لشخص واحد وبين أن يشرط هذا الخيار لواحد وهذا لآخر

فإذا قلنا بالأظهر ففي ثبوت الخيار للشارط أيضا قولان أو وجهان

أظهرهما وهو ظاهر نصه في الصرف أنه لا يثبت اقتصارا على الشرط

فإذا لم نثبت الخيار للعاقد مع الأجنبي فمات الأجنبي في زمن الخيار ثبت له الآن على الأصح

وإن أثبتنا الخيار للعاقد مع الأجنبي فلكل واحد منهما الاستقلال بالفسخ

ولو فسخ أحدهما وأجاز الآخر فالفسخ أولى

ولو اشترى شيئا على أن يؤامر فلانا فيأتي بما يأمره به من الفسخ والإجازة فالمنصوص أنه يجوز وليس له الرد حتى يقول استأمرته فأمرني بالفسخ

." (١)

"ولو كان المبيع باقيا والثمن تالفا جاز الرد ويأخذ مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان متقوما أقل ما كانت من يوم البيع إلى يوم القبض ويجوز الاستبدال عنه كالقرض وخروجه عن ملكه بالبيع ونحوه كالتلف

ولو خرج وعاد فهل يتعين لأخذ المشتري أم للبائع إبداله وجهان

أصحهما أولهما

وإن كان الثمن باقيا في يده بحاله فإن كان معينا في العقد أخذه

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٤٤٦/٣

وإن كان في الذمة ونقده ففي تعيينه لأخذ المشتري وجهان

وإن كان ناقصا نظر إن تلف بعضه أخذ الباقي وبدل التالف

وإن كان نقص صفة كالشلل ونحوه لم يغرم الأرش على الأصح

كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها مجانا

ولو لم تنقص القيمة بالعيب كخروج العبد خصيا فلا أرش

ولو اشترى عبدا بشرط العتق ثم وجد به عيبا بعدما أعتقه نقل ابن كج عن ابن القطان أنه لا أرش له هنا

ونقل عنه وجهين فيمن اشترى من يعتق عليه ثم وجد به عيبا قال وعندي له الأرش في الصورتين

الحال الثالث لو زال ملكه عن المبيع ثم علم به عيبا فلا رد في الحال

وأما الرجوع بالأرش فإن زالال بعوض **كالهبة بشرط** الثواب والبيع فقولان

أحدهما يرجع كما لو مات وهذا تخريج ابن سريج

فعلى تخريجه لو أخذ الأرش ثم رد عليه مشتريه بالعيب فهل له رده مع الأرش واسترداد الثمن وجهان

والقول الثاني وهو المشهور لا يرجع

ولم لا يرجع قال أبو إسحق وابن الحداد لأنه استدرك الظلامة

وقال ابن أبي هريرة لأنه ما أيس من الرد فربما عاد إليه فرده

وهذا المعنى هو الأصح وهو منصوص عليه في اختلاف العراقيين

وإن زال بلا عوض فعلى تخريج ابن سريج يرجع بالأرش

وعلى المشهور وجهان بناء على المعنيين

إن قلنا بالأول رجع لأنه لم يستدرك الظلامة

وإن قلنا بالثاني فلا لأنه

". (١)

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٤٧٣/٣

" فرع قد ذكرنا أن الرشوة حرام مطلقا والهدية جائزة في بعض فيطلب الفرق بين حقيقتيهما مع أن الباذل راض فيهما والفرق من وجهين أحدهما ذكره ابن كج أن الرشوة هي التي يشرط على قابلها الحكم بغير الحق أو الامتناع عن الحكم بحق والهدية هي العطية المطلقة

والثاني قال الغزالي في الإحياء المال إما يبذل لغرض آجل فهو قربة وصدقة وإما لعاجل وهو إما مال فهو **هبة بشرط** ثواب أو لتوقع ثواب وإما عمل فإن كان عملا محرما أو واجبا متعينا فهو رشوة وإن كان مباحا فإجارة أو جعالة وإما للتقرب والتودد إلى المبذول له فإن كان بمجرد نفسه فهدية وإن كان ليتوسل بجاهه إلى أغراض ومقاصد فإن كان جاهه بالعلم أو النسب فهو هدية وإن كان بالقضاء والعمل فهو رشوة

الأدب الثامن في تأديبه المسيئين عمن أساء الأدب في مجلسه من الخصوم بأن صرح بتكذيب الشهود أو ظهر منه مع خصمه لدد أو مجاوزة حد زجره ونهاه فإن عاد هدده وصاح عليه فإن لم ينزجر عزره بما يقتضيه اجتهاده من توبيخ وإغلاظ القول أو ضرب وحبس ولا يحبسه بمجرد ظهور اللدد وعن الاصطخري أنه على قولين

وفي يتيمة اليتيمة أنه إنما يضربه بالدرة دون السياط إذ الضرب بالسياط من شأنه الحدود

وهذا الذي ادعاه غير مقبول بل الضرب بالسياط جائز في غير الحدود ألا ترى أن لفظ الشافعي رحمه الله في تعزير القاضي شاهد الزور حيث قال عزره ولم يبلغ بالتعزير أربعين سوطا

ومثال اللدد أن تتوجه اليمين على الخصم فيطلب يمينه ثم يقطعها عليه ويزعم أن له بينة ثم يحضره ثانيا وثالثا ويفعل كذلك وكذا

". (١)

"فربما انفكا لذلك فان أردت التفصيل فراجع ما سبق في خيار المجلس (واعلم) أنهما متقاربان في صور الخلاف والوفاق الا أن البيوع التي يشترط فيها التقابض في المجلس كالصرف وبيع الطعام بالطعام أو القبض في أحد العوضين كالسلم لا يجوز شرط الخيار فيها وان ثبت خيار المجلس لان ما يشترط فيه القبض لا يحتمل فيه التأجيل والخيار أعظم غررا من الاجل لانه مانع من الملك أو من لزومه فهو يولي بان لا يحتمل وأيضا فالمقصود من اعتبار القبض أن يتفرقا ولا علاقة بينهما تحرزا من الربا أو من بيع الكالي

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ١١/١٤٤

بالكالي ولو اثبتنا الخيار لبقيت العلقة بينهما بعد التفرق إلا أن خيار الشرط لا يثبت في الشفعة بلا خلاف وكذا في الحوالة على ما حكاه العراقيون مع نقلهم الخلاف في خيار المجلس * قال الامام ولا أعرف فرقا بين الخيارين الا أن الوجه الغريب المذكور في خيار المجلس للبائع من المفلس لم يطرد ههنا والا أن في الهبة بشرط الثواب طريقة عن القاضي---[٣١٥]." (١)

"وقيمته ان كان متقوما أقل ما كانت من يوم البيع إلى القبض لانها ان كانت يوم العقد أقل فالزيادة حدثت في ملك البائع وإن كانت يوم القبض أقل فالنقصان من ضمان المشتري ويشبه أن يجئ فيه الخلاف المذكور في اعتبار الارش ويجوز الاستبدال عنه كما في القرض وخروجه عن ملكه بالبيع ونحوه كالتلف * ولو خرج وعاد فهل يتعين لاخذ المشتري أو للبائع إبداله فيه وجهان أصحهما أولهما وإن كان الثمن باقيا بحاله فان كان معينا في العقد أخذه وإن كان في الذمة وبعده ففي تعيينه لاخذ المشتري وجهان وان كان ناقصا نظر ان تلف بعضه أخذ الباقي وبدل التالف وإن رجع النقصان إلى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الارش في أصح الوجهين كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها مجانا * (فرع) لو لم تنقص القيمة بالعيب كما لو خرج العبد خصيا فلا ارش كما لا رد * (فرع) اشترى عبد بشرط العتق ثم وجد به عيبا بعد ما أعتقه * نقل القاضي ابن كج عن أبي الحسين العبادي أنه لا ارش له ههنا لانه وان لم يكن معيبا لم يمسكه ونقل عنه وجهين فيما إذا اشترى من يعتق عليه ثم وجد به عيبا قال وعندي له الارش في الصورتين * (الحالة الثالثة) إذا زال ملكه عن المبيع ثم عرف العيب فلا رد في الحال وهل يرجع بالارش ان زال الملك بعوض كالهبة بشرط الثواب والبيع فقولان (أحدهما) نعم لتعذر الرد كما لو مات العبد وأعتقه وهذا مخرج خرجه ابن سريج وفي رواية البويطي ما يقتضيه وعلى هذا لو أخذ الارش ثم رد عليه مشتريه بالعيب فهل برده مع الارش ويسترد الثمن فيه وجهان (أصحهما) وهو المنصو ص انه لا يرجع بالارش ولم لا يرجع قال أبو إسحق وابن الحداد لانه استدرك الظلامة وروج المعيب كما روج عليه وقال ابن أبى هريرة لانه لم ييأس من الرد فربما يعود إليه ويتمكن من رده وهذا اصح المعنيين عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبى الطيب ورأيته منصوصا عليه في اختلاف العراقيين وان زال الملك بغير عوض على تخريج ابن سريج يرجع بالارش." (٢)

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، ٢٢٢/٨

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز، ٢٦٢/٨

"الإثبات أنها صنف من البيوع ووجه المنع أنه يؤدي إلى تعطيل المنافع فمدة الخيار بخلاف البيع

وفي الثالث يثبت فيه خيار المجلس إذ الغالب انه يتصرم على قرب فلا وزن لتلك المنفعة بخلاف خيار الشرط

والمسابقة إذا قلنا إنها لازمة من الجانبين في معنى الإجارة ولكنها أبعد عن البيع قليلا

أما الإجارة الواردة على الذمة فيثبت فيها الخيار إذ لا يحذر فيها فوات منفعة والإجارة بيع تحقيقا

الثاني الإقالة ويثبت فيها الخياران على قولنا أنها ابتداء بيع

الثالث الحوالة وفيها وجهان على قولنا حكم المعاوضة غالب على الاستيفاء ووجه المنع أن وجود معنى الاستيفاء غير منكر وان كان مغلوبا

الرابع **الهبة بشرط** الثواب إن قلنا تنعقد بيعا ففيها وجهان كالخلاف في أنها هل تفيد الملك قبل القبض

الخامس القسمة ولا يثبت فيها خيار الشرط على الأصح لانه لا مدخل للفظ فيه وفي خيار المجلس على قولنا إنه بيع خلاف وان كان قهريا فلا

." (١)

"

وما لا يجوز بيعه من المجهول وما لا يقدر على تسليمه كالآبق لا تصح هبته

وفي هبه الكلب خلاف من حيث إنه تصح الوصية به وهو نقل اختصاص وإنما الخبيث ثمنه بحكم الحديث

واختلفوا في أن هبة المرهون هل تفيد الملك عند فك الرهن أم يفتقر إلى إعادته مع أن القطع بأن **تعليق الهبة** لا يجوز وأن بيع المرهون باطل لأن الهبة لا توجب الملك بنفسها بخلاف البيع

واختلفوا في هبة الدين إن قلنا يصح بيعه من غير من عليه الدين

والأصح المنع لأن القبض في الدين غير ممكن

---

(١) الوسيط، ١٠٢/٣

". (١)

" الفصل الثاني في **الهبة بشرط** الثواب والهبة ثلاثة أقسام

مقيد بشرط نفي الثواب فلا يقتضي ثوابا

ووطلق فإن كان من كبير مع صغير فلا تقضى ثوابا وإن كان من صغير مع كبير فقولان

الجديد أنه لا يلزم الثواب موضوع اللفظ التبرع

وفي القديم يلزمه لقرينة العادة وإن وهب من مثله فطريقان

قطع العراقيون بنفي الثواب وطرد المراوزة القولين التفريع

إن قلنا يقتضي الثواب ففيه أربعة أقوال

أحدها إن قدر الثواب قدر قيمة والثاني ما يتمول

والثالث ما يعد ثوابا في العادة والرابع ما يرضى به المواهب

أما الهبة المقيدة بشرط الثواب إن فرعنا على الجديد وكان الثواب مجهولا فهو

". (٢)

"يثبت بهذه الليلة للجديدة مثل ما يثبت للأوليين وحصة كل واحدة من الأوليين من هذه الليلة الثلث ولها أيضا ثلث الليل فيوفيها في ليلة أخرى ويستقيم الحساب من ليلة وثلث

الثانية إذا بات عند واحدة نصف ليلة فأخرجه السلطان أو خرج قصدا يلزمه أن يبيت عند ضرتها نصف ليلة ثم يخرج في مثل ذلك الوقت إلى صديق ويحتمل التنصيف في القضاء ثم بعد ذلك يستأنف الحساب

الثالثة إذا وهبت واحدة نوبتها صحت الهبة ولها الرجوع متى شاءت في المستقبل فلو بات ليلة بعد الرجوع وقبل بلوغ الخبر لم يلزمه القضاء كما لو أباح تناول ثمار بستان ثم رجع فما تناول قبل بلوغ الخبر فلا ضمان فيه ومنهم من قال مسألة القسم تخرج على القولين في عزل الوكيل ثم لهبتها ثلاث صيغ

---

(١) الوسيط، ٤/٢٦٨

(٢) الوسيط، ٤/٢٧٦

الأولى أن تهب نوبتها من واحدة فليس للزوج أن يقول أسقطت حقك فأنا أصرف الليل إلى من شئت بل هو **هبة بشرط** فيجب الاتباع وكذلك فعلت سودة ووهبت نوبتها من عائشة رضي الله عنها

". (١)

"التقابض في المجلس، كالصرف، وبيع الطعام بالطعام، أو القبض في أحد العوضين، كالسلم، لا يجوز شرط الخيار فيها وإن ثبت خيار المجلس، وإلا أن خيار الشرط لا يثبت في الشفعة بلا خلاف. وكذا في الحوالة على ما حكاه العراقيون، وإلا أن الوجه الغريب المذكور في خيار المجلس للبائع لمفلس، لم يطردوه هنا، وإلا أن في **الهبة بشرط** الثواب طريقة قاطعة تنفي خيار الشرط، وإلا أن في الاجارة أيضا طريقة مثل ذلك. وحكم شرط الخيار في الصداق، مذكور في كتاب الصداق.فصل يجوز شرط الخيار للعاقدين ولاحدهما بالاجماع. ويجوز أن يشرط لاحدهما يوم، وللآخر يومان أو ثلاثة. فإن شرطه لغيرهما، فإن كان الغير أجنبيا، فقولان. أحدهما: يفسد البيع. وأظهرهما: يصح البيع والشرط، ويجري القولان في بيع العبد بشرط الخيار للعبد. ولا فرق على القولين بين أن يشرطا جميعا أو أحدهما الخيار لشخص واحد، وبين أن يشرط هذا الخيار لواحد، وهذا لآخر. فإذا قلنا بالاظهر، ففي ثبوت الخيار للشارط أيضا قولان، أو وجهان. أظهرهما، وهو ظاهر نصه في الصرف: أنه لا يثبت، اقتصارا على الشرط. فإذا لم نثبت الخيار للعاقد مع الاجنبي، فمات الاجنبي في زمن الخيار، ثبت له الآن على الاصح. وإن أثبتنا الخيار للعاقد مع الاجنبي، فلكل واحد منهما الاستقلال بالفسخ. ولو فسخ أحدهما، وأجاز الآخر، فالفسخ أولى. ولو اشترى شيئا على أن يؤامر فلانا، فيأتي بما يأمره به من الفسخ والاجازة، فالمنصوص: أنه يجوز، وليس له الرد حتى يقول: استأمرته، فأمرني بالفسخ. وتكلموا فيه من وجهين، أحدهما: أنه لماذا شرط أن يقول: استأمرته ؟ قال الذين خصوا الخيار المشروط للاجنبي به: هذا جواب على المذهب الذي قلناه ومؤيد له. وقال الآخرون: إنه مذكور احتياطا. والوجه الثاني: أنه أطلق في التصوير شرط." (٢)

"عنه كالقرض، وخروجه عن ملكه بالبيع ونحوه، كالتلف. ولو خرج وعاد، فهل يتعين لاخذ المشتري، أم للبائع إبداله ؟ وجهان. أصحهما: أولهما. وإن كان الثمن باقيا في يده بحاله، فإن كان معينا في العقد،

---

(١) الوسيط، ٢٩٨/٥

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ١١١/٣

أخذه. وإن كان في الذمة ونقده، ففي تعيينه لاخذ المشتري، وجهان. وإن كان ناقصا، نظر، إن تلف بعضه، أخذ الباقي وبدل التالف. وإن كان نقص صفة، كالشلل ونحوه، لم يغرم الارش على الاصح. كما لو زاد زيادة متصلة، يأخذها مجانا. ولو لم تنقص القيمة بالعيب، كخروج العبد خصيا، فلا أرش. ولو اشترى عبدا بشرط العتق، ثم وجد به عيبا بعدما أعتقه، نقل ابن كج، عن ابن القطان: أنه لا أرش له هنا. ونقل عنه وجهين فيمن اشترى من يعتق عليه ثم وجد به عيبا، قال: وعندي له الارش في الصورتين. الحال الثالث: لو زال ملكه عن المبيع، ثم علم به عيبا، فلا رد في الحال. وأما الرجوع بالارش، فإن زالال بعوض كالهبة بشرط الثواب والبيع، فقولان. أحدهما: يرجع كما لو مات، وهذا تخريج ابن سريج. فعلى تخريجه لو أخذ الارش ثم رد عليه مشتريه بالعيب، فهل له رده مع الارش، واسترداد الثمن ؟ وجهان. والقول الثاني، وهو المشهور: لا يرجع. ولم لا يرجع ؟ قال أبو إسحق وابن الحداد: لانه استدرك الظلامة. وقال ابن أبي هريرة: لانه ما أيس من الرد، فربما عاد إليه فرده. وهذا المعنى، هو الاصح، وهو منصوص عليه في اختلاف العراقيين. وإن زال بلا ع وض، فعلى تخريج ابن سريج: يرجع بالارش. وعلى المشهور، وجهان، بناء على المعنيين. إن قلنا بالاول: رجع، لانه لم يستدرك الظلامة. وإن قلنا بالثاني، فلا، لانه ربما عاد إليه. ومنهم من قطع بعدم الرجوع هنا. وإن عاد الملك إليه بعد زواله، نظر، هل زال بعوض، أم بغيره ؟ فهما ضرب. الضرب الاول: أن يزول بعوض، بأن باعه، فينظر، أعاد بطريق الرد بالعيب، أم بغيره ؟ فهما قسمان. الاول: أن يعود بطريق الرد بالعيب، فله رده على بائعه، لانه زال التعذر." (١)

"قلت: وأما المتوسط بين المرتشي والراشي، فله حكم موكله منهما، فإن وكلا، حرم عليه، لانه وكيل للآخذ وهو محرم عليه. والله أعلم. وأما الهدية فالاولى أن يسد بابها ولا يقبلها، ثم إن كان للمهدي خصومة في الحال، حرم قبول هديته في محل ولايته، وهديته في غير محل ولايته، كهدية من عادته أن يهدى له قبل الولاية لقرابة أو صداقة ولا يحرم قبولها على الصحيح، وحكى ابن الصباغ في تحريمها وجها وهو مقتضى إطلاق الماوردي، وإن لم يكن له عادة بالهدية قبل الولاية، فإن زاد المهدي على القدر المعهود، صارت هديته كهدية من لم يعهد منه الهدية، وحيث حكمنا بأن القبول ليس بحرام، فله الاخذ والتملك، والاولى أن يثبت عليها أو يضعها في بيت المال، وحيث قلنا بالتحريم، فقبلها، لم يملكها على الاصح، فعلى هذا لو أخذها، قيل: يضعها في بيت المال، والصحيح أنه يردها على مالكها، فإن لم يعرفه،

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٣/١٣٥

جعلها في بيت المال. فرع قد ذكرنا أن الرشوة حرام مطلقا، والهدية جائزة في بعض الاحوال، فيطلب الفرق بين حقيقتيهما مع أن الباذل راض فيهما، والفرق من وجهين، أحدهما ذكره ابن كج: أن الرشوة هي التي يشرط على قابلها الحكم بغير الحق، أو الامتناع عن الحكم بحق، والهدية: هي العطية المطلقة. والثاني قال الغزالي في الاحياء: المال إما يبذل لغرض آجل فهو قربة وصدقة، وإما لعاجل، وهو إما مال، فهو **هبة بشرط** ثواب، أو لتوقع ثواب، وإما عمل، فإن كان عملا محرما، أو." (١)

"كوفاء الدين ومن وفى دينه لا يقال إنه ملك ذا المال لرب الدين وقضية كلام المصنف أن **الهبة بشرط** الثواب لا يطلق عليها اسم الهبة لوجود العوضية وبه صرح الزبيري في المسكت

قوله قال السبكي أي وغيره قوله ويجاب بأن الهدي إلخ نقل الشارح في شرح البهجة وحاشية العراقي هذا الجواب عن غير الإسنوي

قوله ينبغي أن يكون صدقة أيضا أشار إلى تصحيحه قوله أو قصد ثواب الآخرة فإن انضم إلى قصد ثواب الآخرة نقله إلى مكانه فهو هدية وصدقة فإن قصد مع ذلك التودد فهبة أيضا ولو بعث شيئا إلى شخص واختلفا فيه فإن تلفظ حالة البعث بالإهداء أو العارية أو الأمانة أو غيرها فالحكم للفظ وإن لم يتلفظ فالحكم لقصده إن كان له عليه شيء ويصدق بيمينه وإلا فالمبعوث إليه ولو دفع إليه ولم يبعث فالقول للدافع ولو قال المبعوث إليه أرسله هدية وقال الرسول بل وديعة صدق بيمينه

قوله ويلزمهم أنه لو ملك غنيا إلخ أشار إلى تصحيحه

قوله بالمعنى الأخير أي بإيجاب وقبول

قوله بالمعنى الأول أي تمليك بلا عوض

قوله كسائر التمليكات فتنعقد بإشارة الأخرس وبالكتابة ولو من ناطق وكتب أيضا في فتاوى القفال لو جهز بنته بأمتعة لم تملكها إلا بلفظ مع القبض ويصدق بيمينه أنه لم يملكها لها إن ادعته وفي فتاوى القاضي حسين لو نقل ابنته وجهازها إلى دار الزوج فإن قال هذا جهاز ابنتي فهو ملك لها وإن لم يقل فهو عارية ويصدق بيمينه فالحاصل أن التجهيز بمجرده ليس بتمليك وفاقا ومع اللفظ تمليك لكن قول الأب هذا جهاز ابنتي إقرار بالتمليك وليس بتمليك

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ١٢٨/٨

ولو وهبت ليلتها من ضرتها لم يشترط قبولها وقوله في فتاوى القفال إلخ أشار إلى تصحيحه وكذا قوله فالحاصل إلخ

قوله وملكتك بلا ثمن وأطعمتك هذا فاقبضه قوله ورضيت أو أجبت قوله ويستثنى من اعتبارهما الهبة الضمنية وما إذا وهبت نوبتها من ضرتها على الأصح وما لو اشترى حليا لولده الصغير وزينه به فإنه يكون تمليكا بخلاف ما لو اشترى لزوجته فإنه لا يصير ملكا لها قاله القفال

والفرق أنه له ولاية على الصغير بخلاف الزوجة كذا ذكره السبكي وتبعه ابن الملقن وفي كلام الشيخين ما قد يخالفه حيث قالا إذا كانت الهبة لمن ليس له أهلية القبول وكانت من الأب أو الجد تولى الطرفين وهل يحتاج إلى لفظي الإيجاب والقبول أم يكفي أحدهما وجهان كما سبق في البيع

ا هـ

وما لو قال اشتر لك بهذه الدراهم عمامة مثلا وما تخلعه الملوك على الأمراء والقضاة ونحوهم

". (١)

" قوله ويكره له البيع والشراء بنفسه قال البلقيني محله فيما إذا احتمل وجود محاباة فلو تحقق عدم المحاباة لم يكن مخالفا للندب وكذا محله إذا أمكن أن يفعله غيره فإن لم يمكن فتعاطاه بنفسه لم يخالف الندب كما سيأتي وقوله قال البلقيني محله إلخ أشار إلى تصحيحه قوله واستثنى الزركشي معاملته إلخ أشار إلى تصحيحه وكتب والبلقيني ما إذا تحقق عدم المحاباة قوله أناب غيره قال صاحب الوافي وإن لم يأذن له الإمام في الاستخلاف فصل قوله تحرم الرشوة قال الغزالي في الإحياء المال إن بذل لغرض آجل فصدقة أو عاجل وهو مال **فهبة بشرط** الثواب أو على محرم أو واجب متعين فرشوة أو مباح فإجارة أو جعالة أو تودد مجرد أو توسل بجاهه إلى أغراضه فهدية إن كان جاهه بالعلم أو النسب وإن كان بالقضاء أو العمل فرشوة قوله والأول أقرب هو الأصح قوله وتحرم هدية من له خصومة قال الشيخ عماد الدين الحسباني ومما ينقدح للنظر فيه مجال استعارة القاضي من رعيته ممن لم تجر له عادة بالاستعارة منه قبل الولاية ويظهر المنع في المنافع المقابلة بالأموال كدار يسكنها ودابة يركبها ونحو ذلك بخلاف ما لا يقابل غالبا ولم تجر

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٢/٤٧٨

العادة ببذل المال في مقابلته كاستعارة كتب العلم ونحو ذلك وتردد السبكي في تفسيره فيما لو شرط واقف تدريس مدرسته للقاضي وكان للتدريس معلوم فقال يحتمل بطلان الشرط ويحتمل أن يقال إن طلب القاضي التدريس من غير معلوم أجيب إليه ويحتمل أن يجاب ويأخذ المعلوم لأنه ليس معينا قال وهذا في حياة الواقف أما بعد موته أو إذا كان من غير أهل ولايته فلا يتخيل فيه منع قال وإن وقف عليه واحد من أهل ولايته وشرطنا القبول في الوقف فهو كالهدية وإلا فينبغي الحكم بالصحة كما لو كان عليه دين فأبرأه منه قال فإنه يبعد أن يقال لا يصح قال بل يصح وعلى القاضي الاجتهاد في عدم الميل قلت ولو وفى عنه دينه بغير إذنه ينبغي أن يجوز قطعا فإن كان بإذنه بشرط عدم الرجوع لم يجز قطعا قلته بحثا ع ولو أبرأه من دينه جاز وقوله جاز قطعا أشار إلى تصحيحه وكذا قوله لا يجوز قطعا وكذا قوله جاز وكتب أيضا وينبغي أن تكون الهدية لمحجوره كالهدية له قوله من له خصومة يلتحق بمن له خصومة ما إذا كان أحس بأنها مقدمة لخصومة تأتي فتحرم أيضا نقله في الكفاية عن البندنيجي وهو ظاهر وينبغي أن يحمل قول المصنف من له خصومة على الحال والاستقبال ليشمل ذلك غ ر تنبيه قال ابن الرفعة ملخصا لكلام الماوردي والهدية من الرعايا بعضهم لبعض إن كانت لطلب آجل أو عاجل هو مال أو مودة فجائز وفي بعض الصور مستحب وإن كانت لأجل شفاعة فإن كانت الشفاعة في محظور لطلب محظور أو إسقاط حق أو معونة على ظلم فقبولها حرام وإن كانت في مباح لا يلزمه فإن شرط الهدية على المشفوع له فقبولها محظور وكذلك إن قال المهدي هذه الهدية جزاء شفاعتك فقبوله؛ محظور أيضا وإن لم يشرطها الشافع وأمسك المهدي عن ذكر الجزاء فإن كان مهديا له قبل الشفاعة لم يكره له القبول وإلا كره له القبول إن لم يكافئه عليها فإن كافأه لم يكره ا هـ

." (١)

" يدخل فيه ، واستدل على كلامه بما ذكره ابن الرفعة ، قوله : (وسائر المؤن) ومنها المكس المعروف وإن لم يجز خلافا للخطيب ومنها ما غرمه في خلاص مغصوب أو رد آبق أو أجرة طبيب أو ثمن دواء للمريض أو فداء الجاني وقد اشتراه كذلك في الجميع بخلاف الحادث بعد الشراء . قوله : (نعم إلخ) لا حاجة لاستثنائه لأنه ليس من مؤن الاستبقاء ولذلك أسقطه في المنهج إلا أن يقال إنه لدفع توهم

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٤/٣٠٠

شمول العلف له . قوله : (بنفسه) ومثله عمل من يستحق منفعته بإجارة أو غيرها . قوله : (وليعلما) أي وجوبا وظاهر كلامهم أن هذا خاص بالمرابحة ، والمحاطة وقال شيخنا لا مانع من شموله للتولية والاشتراك ولا ينافيه ما مر ، وكلام الشارح الآتي يدل له نعم قد مر أن التخمين بالرؤية كاف فيهما عند شيخنا م ر . فلا يلائم ذكره لهما هنا فتأمل . قوله : (فلو جهله أحدهما) قدرا أو جنسا أو صفة لم يصح . قوله : (وجهان) أي على الوجه الثاني أصحهما الاشتراط . قوله : (ولو قيل إلخ) ولو لم يقل ذلك فهي من صور التولية لصحتها بغير لفظ التولية كما تقدم . قوله : (كما ذكره المصنف) أي فيما تقدم . تنبيه : لا يجوز أن يقول بما اشتريت ، ولا بما قام علي ولا غيرهما مما تقدم فيما أخذه **هبة بشرط** ثواب معلوم وأراد بيعه مرابحة لأنه كذب ، ولا يجوز بما اشتريت ولا برأس المال في عبد هو أجرة أو عوض خلع أو نكاح أو صلح عن عدم عمد ، وأراد بيعه مرابحة لأنه كذب أيضا بل يذكر قيمة العبد كمائة مثلا فيقول قام علي بمائة أو يزيد وهي أجرة مثل كذا أو مهر مثل كذا أو صلح عن دية كذا . قوله : (قدر الثمن) أي وإن لم يخالف العادة خلافا للسبكي . قوله : (الذي استقر عليه العقد) فإن تعدد العقد أخبر بالأخير ولو هو الأكثر فإن تبين أن كثرته بمواطأة وهي مكروهة على المعتمد فله الخيار إن باع مرابحة وإلا فلا كما مر ولا يلزمه بيان رخص السلعة مثلا . قوله : (أو قام به) هو عطف على استقر فيكون من الثمن كما تقدمت الإشارة إليه ، لكن قد تقدم أنه قابله به فلعله تجوز فيه . قوله : (أي يجب عليه الصدق) أي لدفع الإثم عنه ، وإلا فالعقد صحيح مطلقا وفائدة الوجوب سقوط الزيادة وربحها إذا كذب فيها ، وثبوت الخيار له في غيرها ولا حط خلافا للإمام والغزالي . قوله : (وبيان العيب الحادث) وكذا عيب قديم أخذ أرشه لكن إن باع بما قام على حط الأرش بخلاف بما اشتريت فتأمله . قوله : (يعتمد أمانته)

". [1]

"(وجاز) للواهب (شرط الثواب) أي العوض على هبته عين الثواب أم لا نحو وهبتك هذا بمائة ، أو على أن تثيبني (ولزم) الثواب (بتعيينه) إن قبل الموهوب له فيلزمه دفع ما عين وأما عقد **الهبة المشروط** فيها الثواب فلازم للواهب بالقبض كما يأتي عين الثواب أم لا .s." [2]

---

(١) حاشية قليوبي، ٢/٢٧٦

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٦/٣٨٩

"(قوله ولو لم يذكر الثواب) أي ولو لم يعين الثواب فلا ينافي أنه ذكره محمد بقوله على أن تثيبني أي : أن ترجع إلي العوض إلا أنك خبير بأن قوله لأجل أن تثيبني عليه ليس ذكره بشرط (قوله قياسا على نكاح التفويض ؛ لأنه عقد بلا ذكر مهر) فالقياس عليه من حيث عدم تعيين القدر وإن كان قد عرفه بأنه ما دفع إلا للثواب بخلاف النكاح هذا بالنظر لقول الشارح لأجل أن تثيبني عليه ، وأما على ما قلنا من أن ذكره ليس بشرط فالأمر ظاهر (قوله أي : اشتراط إلخ) إنما أوله باشتراط ؛ لأنه الفعل الذي يتعلق به الحكم ، وأما الشرط بمعنى المشروط فهو عين الثواب فلا يتعلق به الحكم (فكأن المثيب) لفظ كأن للتحقيق .(قوله مثل ما دفع) المراد بالمثل المقابل فيشمل القيمة في المقوم (قوله على أن تثيبني الشيء الفلاني) لا يخفى أنه في هذا وقع التعيين من الواهب أي والفرض أن الموهوب له قبل ذلك كما في العبارة الثانية ومثله ما إذا وقع من الموهوب له (قوله كالبيع إذا انعقد) أي : كالبيع المستوفي لشروط الصحة إذا حصل فأراد بانعقاده حصوله (قوله : وأما عقد الهبة إلخ) ظاهره أنه متى تعاقدا وتراضيا على أن كل تلك الهبة في مقابلة ثواب ولو لم يعين ولو لم يحصل قبض للهبة فإن العقد يكون لازما وليس كذلك ؛ لأن شرط الثواب من غير تعيين لا يكفي في اللزوم بل لا بد من القبض فلذلك قال بعض من شرح ، وأما عقد **الهبة المشروط** فيه الثواب فلازم بالقبض عين الثواب." (١)

"(قوله ولو لم يذكر الثواب) أي ولو لم يعين الثواب فلا ينافي أنه ذكره محمد بقوله على أن تثيبني أي : أن ترجع إلي العوض إلا أنك خبير بأن قوله لأجل أن تثيبني عليه ليس ذكره بشرط (قوله قياسا على نكاح التفويض ؛ لأنه عقد بلا ذكر مهر) فالقياس عليه من حيث عدم تعيين القدر وإن كان قد عرفه بأنه ما دفع إلا للثواب بخلاف النكاح هذا بالنظر لقول الشارح لأجل أن تثيبني عليه ، وأما على ما قلنا من أن ذكره ليس بشرط فالأمر ظاهر (قوله أي : اشتراط إلخ) إنما أوله باشتراط ؛ لأنه الفعل الذي يتعلق به الحكم ، وأما الشرط بمعنى المشروط فهو عين الثواب فلا يتعلق به الحكم (فكأن المثيب) لفظ كأن للتحقيق .(قوله مثل ما دفع) المراد بالمثل المقابل فيشمل القيمة في المقوم (قوله على أن تثيبني الشيء الفلاني) لا يخفى أنه في هذا وقع التعيين من الواهب أي والفرض أن الموهوب له قبل ذلك كما في العبارة الثانية ومثله ما إذا وقع من الموهوب له (قوله كالبيع إذا انعقد) أي : كالبيع المستوفي لشروط الصحة إذا حصل فأراد بانعقاده حصوله (قوله : وأما عقد الهبة إلخ) ظاهره أنه متى تعاقدا وتراضيا على أن كل تلك

---

(١) شرح خليل للخرشي، ٨٩/٢١

الهبة في مقابلة ثواب ولو لم يعين ولو لم يحصل قبض للهبة فإن العقد يكون لازما وليس كذلك ؛ لأن شرط الثواب من غير تعيين لا يكفي في اللزوم بل لا بد من القبض فلذلك قال بعض من شرح ، وأما عقد **الهبة المشروط** فيه الثواب فلازم بالقبض عين الثواب." (١)

"حولها إذ حولها مجيء الساعي مع مضي عام ، انتهى .فهذا يعلم قطعا أن عنده حولا فكان اللازم أن يزكيه ، وقال مالك في كتاب ابن المواز : له أن يذبح ويبيع بعد الحول قبل مجيء الساعي ، وإن نقص ذلك من زكاتها إلا من فعل ذلك فرارا فيلزمه ما فر منه ، وقال فيه أيضا : قال مالك : وإذا تخلف عنه الساعي فلينتظره ولا يخرج شيئا ، وكذلك إن حل الحول بعد أن مر الساعي به بيسير إن كان الإمام عدلا فإن لم يكن عدلا فليخرج للحول إن خفي له فإن خاف أن يؤاخذاه انتظره ، وقال ابن القاسم : إن عزل ضحايا لعياله قبل مجيئه فإن أشهد عليها ، يريد : أشهد أنها لعياله لفلان كذا ولفلان كذا فلا زكاة فيها ، وإن جاء وهي حية بعد إلا أن يكون لم يشهد فليزكها ، انتهى .من ابن يونس ، ونقله القرافي عن سند كأنه المذهب ، وفي المدونة نحوه إذ فيها على ما نقل ابن يونس وما ذبحه الرجل بعد الحول أو مات قبل قدوم الساعي ثم قدم لم يحاسبه بشيء من ذلك ، وإنما يزكي ما وجد بيده حاضرا ، انتهى .ونقل ابن عرفة كلام ابن المواز ونصه ، وروى محمد : لربها الأكل منها والبيع **والهبة بشرط** حوزها بعد الحول قبل مجيء الساعي إن لم يرد فرارا فيحسب ، انتهى .وفي الذخيرة لو مر الساعي بالوارث بعد بعض الحول تركه للحول الثاني ، قاله مالك في الكتاب ، وقال بعض الشافعية : يوصي بقبضها عند كمال حولها ويصرفها ، وهو خلاف المعهود فإن كل شهر يتجدد فيه كمال أحواله ولم تكن السعاة تتجدد في ذلك بل كانوا." (٢)

"المثل لأنه الأصل وهذا إذا لم يكن لنقله مؤنة وإلا فالواجب القيمة بمحل التلف

ثم المثلي ما جاز السلم فيه وأمكن ضبطه بالكيل أو الوزن وإن لم يعتد فيه بأن لم تجر عادة أهل الشرع بمثله فما حصره عد أو ذرع كحيوان وثياب متقوم وإن جاز السلم فيه والمعجونات والجواهر ونحوهما مما يمتنع السلم فيه متقوم وإن حصره وزن أو كيل والمعتمد عند الرملي أن خل التمر مثلي كبر اختلط بشعير فيجب إخراج القدر المحقق من كل منهما

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢١/٨٩

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ٦/٤٢

باب في مطلق الهبة (الهبة) المطلقة ثلاثة أنواع هبة وصدقة وهدية فإن أعطى محتاجا شيئا بلا عوض ولو لم يقصد ثواب الآخرة أو غنيا لأجل ثواب آخرة فصدقة وهي أفضل الثلاثة ثم الهدية لورود الآثار في الحض عليها لا سيما بالنسبة للمسافر وهي ما نقله المملك بلا عوض إلى مكان الموهوب له للإكرام والتودد فكل من الصدقة والهدية هبة ولا عكس لانفراد الهبة في ذات الأركان وهي (تمليك) تطوع في حياة فخرج بالتمليك العارية والضيافة والوقف وبالتطوع غيره كالبيع والزكاة والنذر والكفارة والواجب من الأضحية والهدي والعقيقة بخلاف المندوب منها وقد أعطى لغني فهو من الهدية لوجود التمليك فيه وإن امتنع التصرف فيه بنحو بيع وخرج بقولنا في حياة الوصية لأن التمليك فيها إنما يتم بالقبول وهو بعد الموت وإذا اجتمع النقل والقصد أو النقل والاحتياج كان الموهوب صدقة وهدية (بلا عوض) فخرج بذلك **الهبة بشرط** عوض معلوم كقوله وهبتك هذا على أن تثيبني عليه كذا فيقبله فإنها بيع حقيقة فيجري فيها أحكام البيع من الخيارين والشفعة وحصول الملك بالعقد لا بالقبض ومنع قبول بعض الموهوب ببعض العوض أو كله لاشتراط المطابقة في البيع بخلاف الهبة التي بلا عوض فإنه لا يضر فيها قبول بعض الموهوب وخرج بذلك الهبة أيضا بشرط عوض مجهول فلا تكون بيعا لجهالة العوض ولا تكون هبة لذكر العوض وقيل تكون هبة

وأركان الهبة أربعة العاقدان ويشترط فيهما ما مر في البائع والمشتري

نعم يعتبر في المملك أهلية التبرع وفي المتملك أهلية الملك ولو سفيها

والثالث الموهوب وشرط فيه صحة جعله عوضا إلا نحو حبة بر فتصح هبتها وإن لم يصح بيعها فنقل اليد عن الاختصاص لا يسمى هبة وإلا هبة موصوف في الذمة كأن يقول وهبتك كذا في ذمتي فلا يصح لأن الهبة إنما ترد على الأعيان لا على ما في الذمة بخلاف البيع فإنه يرد عليهما

والرابع الصيغة ولا تصح الهبة غير الضمنية إلا (بإيجاب كوهبتك) هذا وملكتكه

". (١)

"(وإن معينا) لو قال " ولو غير معين " لكان أبين ./٩٧ وقد تقدم /٩٧ قول ابن رشد : إن سمى الثواب فهو بيع بلا خلاف وإن لم يسمه فالثواب ففيه الخلاف .ابن عرفة : **الهبة بشرط** عوض عيناه .قال

---

(١) نهاية الزين، ص/٢٦٥

ابن رشد وغيره : هي بيع .ومذهب المدونة جواز شرط الثواب غير معين خلافا لابن الماجشون (وإلا كحطب فلا يلزم أخذه) ابن شاس : نوع الثواب الذي يلزم قبوله باتفاق الدنانير والدراهم .وروى أشهب : الخسارة فيهما إلا أن يتراضيا على غيرهما .ورأى سحنون أن كل ما يصح أن يكون ثوابا ويلزم الواهب قبوله إذا كان فيه وفاء بقيمة هبته .ووافقه ابن القاسم في عدم الاقتصار على العين إلا أنه استثنى منها الحطب والتبن وشبهه مما لا يثاب في العادة بمثله .." (١)

"للخدمة بحيث تتعسر بدونه حتى إذا لم يقومه لتعدى عليه واستخدمه وارتكب الحرام فالضرورة في الامة غير الضرورة في العبد والام كالاب لها التقويم حتى في الامة لضرورة الخدمة (ويستقصى) في القيمة بأن تكون سدادا كما في النص فالمراد أن لا تكون أقل من قيمة المثل، نعم إن اختلف في التقويم اعتبر الاعلى كما يفيده المصنف وقيدناه بالصغير ومثله السفيه لان الولد الكبير الرشيد ليس لابيه أو أمه ذلك والكلام في الصدقة ومثلها الهبة التي لا تعتصر (وجاز) للواهب (شرط الثواب) أي العوض على هبته عين الثواب أم لا نحو وهبتك هذا بمائة أو على أن تثيبني (ولزم) الثواب (بتعيينه) إن قبل الموهوب له فيلزمه دفع ما عين وأما عقد **الهبة المشروط** فيها الثواب فلازم للواهب بالقبض كما يأتي عين الثواب أم لا (وصدق واهب فيه) أي في قصده الثواب عند التنازع بعد القبض بأن قال الواهب وهبت لقصد الثواب وخالفه الموهوب له (إن لم يشهد عرف) أو قرينة بضده فإن شهد (بضده) أي الثواب بأن كان مثل الواهب لا يطلب في هبته ثوابا فالقول للموهوب له وقولنا بعد القبض وأما التنازع قبله فيصدق الواهب مطلقا وإن شهد عرف بضده (وإن) كانت الهبة (لعرس) فيصدق الواهب كما لو كانت لغيره إن لم يشهد عرف بضده وله أن يأخذ قيمة هبته معجلا ولا يلزمه الصبر لحدوث عرس مثله ولرب العرس أن يحاسبه بما أكله عنده من الوليمة هو ومن تبعه من نساء أو رجال (وهل يحلف) الواهب أنه إنما وهب للثواب مطلقا أشكل الامر أم لا (أو) يحلف (إن أشكل) الامر فقط بأن لم يشهد العرف له ولا عليه فإن اتضح الامر بأن شهد له العرف صدق بلا يمين (تأويلان) مبنيان على أن العرف هل هو كشاهد فيحلف معه." (٢)

---

(١) التاج والإكليل لمختصر خليل، ١٠/٤٣٨

(٢) الشرح الكبير للشيخ الدردير، ٤/١١٤